This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

HDI
HL 4BZG I

HARVARD LAW LIBRARY

Received MAY 3 1924

UNIVERSITÉ LAVAL
FACULTÉ DE DROIT DE QUÉBEC

DES RESTRICTIONS

AU

DROIT DE PLAIDER

EN MATIÈRE CIVILE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

FERDINAND ROY
AVOCAT

Je ne sais quel biais ils ont imaginé,
Ni tout ce qu'ils ont fait, mais on leur a donné
Un arrêt par lequel, moi vêtue et nourrie,
On me défend, monsieur, de plaider de ma vie.

RACINE, — *Les Plaideurs.*

QUÉBEC
IMPRIMERIE DARVEAU, JOS. BEAUCHAMP, SUCCESSEUR.
Côte de la Montagne, 80 à 84.

1902

1x
R888re

Enregistré conformément à l'acte du parlement du Canada, au bureau du ministre de l'Agriculture, à Ottawa, par FERDINAND ROY, avocat, en l'année mil neuf cent deux.

MAY 3 1924

A

L'honorable

CHARLES FITZPATRICK, C. R.,

ANCIEN BATONNIER

DU BARREAU DE LA PROVINCE DE QUÉBEC,

MINISTRE DE LA JUSTICE DU CANADA.

HOMMAGE DE RECONNAISSANCE

PREFACE

On ne s'étonne pas que, dans le vaste domaine des droits, il se présente constamment de nouvelles espèces à étudier; les amendements répétés qui mutilent nos codes suffiraient seuls à empêcher qu'une pleine lumière se fasse jamais sur l'interprétation des textes. Mais, comme nos législateurs ont respecté les dispositions du code civil qui se rapportent au droit de plaider, il paraît singulier qu'il y ait tant d'incertitude sur les conditions auxquelles un procès peut commencer, et qu'on en soit encore à se demander quelles sont les personnes qui ne peuvent pas y être parties.

Pourtant, la première question que doit se poser l'avocat chargé d'une cause est celle-ci : mon client a-t-il ou n'a-t-il pas le droit de plaider ? Car n'est pas plaideur qui veut. Et il importe que le premier acte d'une instance judiciaire ne soit point un faux pas. Avec de vieux textes restés intacts, sur une matière de pratique quotidienne, d'où vient que la jurisprudence n'ait pas encore donné une réponse claire, définitive ? Elle-même nous le dira.

C'est une tâche ardue que celle de rechercher les vrais principes cachés derrière le double voile d'une doctrine française souvent inapplicable et d'un nombre formidable d'arrêts contradictoires. Cette contradiction même m'a sauvé du découragement ; je me suis dit que si je venais à m'égarer dans l'application des principes, il me serait toujours facile d'indiquer, dans le fouillis de la jurisprudence, le jalon sur lequel je m'étais orienté.

On m'adressera peut-être le reproche d'avoir fait la part trop large à cette jurisprudence incertaine. La réponse est facile. Si c'est une erreur de ne lutter qu'à coups d'arrêts dans les débats judiciaires, le praticien ne peut guère non plus mettre cette arme de côté J'ai compulsé les recueils de décisions de nos tribunaux sur la matière, et l'étude que j'ai faite m'a absolument convaincu de cette vieille vérité, que l'on trouvera toujours " des arrêts pour sanctionner toutes les erreurs, comme il y a des autorités pour soutenir tous les paradoxes ". Mais, d'autre part, si je crois indiscutable le droit de critique, je n'admets pas qu'il puisse s'exercer équitablement sans citations. J'ai donc dû, presqu'à chaque point, soit renvoyer tout simplement à un arrêt, soit le citer, soit enfin exposer les motifs du juge. Mon devoir était de conclure ; mais le praticien trouvera, en même temps que mon opinion, celle de nos magistrats. La prudence la plus élémentaire ne permettra point le moindre embarras ; seulement, il restera toujours à choisir entre une cour et l'autre, entre celle d'hier et celle d'aujourd'hui...

Ce travail, auquel je n'ai pu consacrer que mes veilles, renferme bien des faiblesses pour lesquelles je demande que l'on soit indulgent. J'entends remplir le rôle modeste de manœuvre dans la construction du monument qui s'élève en l'honneur du droit canadien; d'autres poliront et mettront en place les matériaux que j'apporte.

Dans la discussion des arrêts, j'ai été parfois d'une franchise d'expressions qui surprendra peut-être : on voudra bien se rappeler que " c'est une chose bien lourde parfois qu'une plume ", et ne pas croire que je manque en quelque façon de respect pour le savoir et l'intégrité de notre magistrature.

FERDINAND ROY.

Québec, ce 1er mai 1902.

DES RESTRICTIONS

AU

DROIT DE PLAIDER

PREMIÈRE PARTIE

CAPACITÉ GÉNÉRALE D'ESTER EN JUSTICE

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

1. Si le droit civil refusait à une personne la faculté de demander justice aux tribunaux, il n'aurait plus sa raison d'être, puisque, nécessairement, il implique l'idée d'une sanction. Et cette sanction réside dans une contrainte extérieure, qui, dans tout état policé, ne peut être ordonnée que par le pouvoir judiciaire.

La morale est régie par des principes différents. La contrainte extérieure n'est pas sa sanction nécessaire.

Si la loi ne reconnaissait pas le principe d'un tel recours, pour tous, non seulement elle ne tendrait plus vers son objet, mais elle serait immorale. Il faudrait conclure, en effet, qu'il y a des membres de la société, dont les droits peuvent être impunément méconnus, et

qui se trouvent dans cette alternative d'avoir à subir nécessairement, sans remède légal possible, la violation d'une faculté que cette loi reconnaît, ou d'avoir à se faire justice à eux-mêmes.

La société, en imposant des obligations à tous ses membres, et en leur accordant des droits, est donc tenue de leur imposer, à tous, la nécessité de faire constater toute violation de ces obligations, pour la faire cesser, et de leur accorder, d'autre part, la faculté de faire reconnaître tout droit violé, pour le rendre efficace. Autrement, droits et obligations seraient illusoires.

Or, toute personne est susceptible d'avoir des droits. La loi reconnaît donc à tous la faculté de recourir aux tribunaux pour en obtenir la sanction de ces droits : c'est dire que le droit de plaider appartient à tout le monde.

2. Le principe du libre accès aux tribunaux n'a pas toujours été reconnu par les législateurs. La civilisation, cette lutte séculaire de la raison contre les préjugés de l'ignorance et contre la force brutale, a fini par le faire triompher. Mais cette victoire définitive est le résultat de plusieurs petites conquêtes partielles, péniblement achevées. Dans les temps où une seule et même main rédigeait les lois et signait les sentences, ce principe était exposé à être reconnu sans être sanctionné, à exister sans vivre. C'est ce qui est arrivé, c'est ce qui arrive encore chez les peuples où subsiste l'anomalie de la concentration des pouvoirs. Et quand on songe à toute la puissance de l'idée de tradition, on ne s'étonne pas que même nos lois n'aient pas réussi encore, dans l'application du principe, à lui donner sa pleine efficacité, et à le débarrasser complètement de ses anciennes chaînes.

Mais tandis que les entraves des temps barbares avaient pour raison d'être le caprice d'un despote ou l'ignorance voulue des principes de la justice, les restrictions imposées par le droit moderne au droit de plaider sont fondées sur un principe juste et découlant logiquement de ce droit même, c'est-à-dire, sur la nécessité, d'une part, de maintenir dans toute sa grandeur l'autorité du pouvoir judiciaire, et, d'autre part, de présenter à tous des chances égales de succès, en protégeant le faible contre lui-même et contre son adversaire, comme aussi en empêchant que ce droit de plaider ne serve à léser des droits de puissance acquis.

3. Il était donc nécessaire que la loi refusât, dans certains cas, et à certaines personnes, non pas le droit lui-même mais l'exercice du droit de plaider. Le sanctuaire de la Justice est toujours, en définitive, une arène. La loi donne à tous l'arme nécesaire pour l'attaque et pour la défense : c'est le droit de plaider. Mais permettre le combat sans une raison sérieuse, laisser l'enfant ou l'infirme croiser le fer avec l'homme en pleine vigueur, ce serait revenir à l'erreur, exposer au ridicule la magistrature, sanctionner la raison du plus fort. La loi prohibe ces duels futiles ou à chances inégales. S'il y a, entre les combats judiciaires d'autrefois et les procès d'aujourd'hui, cette différence que la raison du juge s'est substituée au hasard d'une prise de corps, et qu'on n'enlève plus à un homme ses droits en lui ôtant la vie, il y a aussi cette ressemblance, que le patrimoine des combattants peut être l'enjeu de la lutte.

A raison du danger que présente en lui-même le droit de plaider, la loi a donc mis des conditions à son exercice. Elle a d'abord défini les cas où elle empêche

tout le monde de plaider, puis elle a déclaré certaines personnes incapables d'ester en justice, soit complètement, soit dans des limites déterminées.

4. A une certaine époque de l'ancien droit, le *comte* tenait une cour, où ses vassaux venaient exposer leurs griefs, et lui demander la permission de vider le différend par un combat en champ clos. Le seigneur examinait les prétentions des parties, faisait vérifier leur condition physique respective, puis permettait ou refusait le combat suivant que la difficulté était sérieuse ou futile, suivant qu'un avantage trop évident existait ou non en faveur de l'une des parties...

Un procès s'ouvre, la contestation va naître, des plaideurs veulent soutenir leurs droits devant le tribunal. Cherchons les raisons pour lesquelles le juge devra leur refuser d'entrer en lice et ne prononcera pas le *Vadiate pugnam.*

DEFINITIONS

5. Le *droit de plaider,* dans le sens où nous voulons l'étudier, doit s'entendre du droit d'*ester en justice,* c'est-à-dire, de faire les actes qui constituent une procédure judiciaire et conduisent à la solution d'un procès.

En général, il faut appliquer à cette faculté spéciale le principe qui régit les autres droits civils : toutes les *personnes juridiques* en ont la jouissance, mais toutes n'en ont pas le libre exercice.

Les deux mots ne doivent pas être confondus. La *jouissance* concerne le droit, c'est la faculté reconnue par la loi. L'*exercice* concerne le fait et exige par con-

séquent une capacité de fait ; tandis que la jouissance ne demande qu'une aptitude de droit. [1]

Cette aptitude à devenir le sujet de droits et d'obligations s'appelle la *capacité juridique.*

6. S'il ne faut pas toujours conclure de la capacité de faire les actes civils ordinaires, tels que s'obliger et contracter, à la capacité d'ester en justice, c'est cependant un principe certain que celle-ci est la conséquence nécessaire de l'autre. Les cas où la loi accorde la première sans la seconde forment des exceptions. Nécessairement aussi, et toujours, les restrictions à la capacité générale s'appliquent à la capacité d'agir en justice. Et pour admettre ce principe, il n'y a pas lieu de distinguer, comme on le fait dans son application, si ces restrictions résultent de condamnations pénales ou si elles se rattachent aux différences physiques, intellectuelles ou morales qui se rencontrent parmi les hommes, ou encore si elles tiennent aux rapports de dépendance existant entre certaines personnes, par suite de leur état de famille.

Ici, comme en toutes matières, la capacité est la règle ; l'incapacité, l'exception. Et il faut reconnaître à toute personne juridique la jouissance et l'exercice du droit de plaider dans tous les cas où un texte formel de la loi ne lui enlève pas la jouissance ou l'exercice soit de tous ou de quelques-uns de ses droits civils, soit de celui-là en particulier.

7. La *personnalité* se confond avec la capacité juridique : on définit, en effet, une personne, tout être capable de posséder des droits et d'être soumis à des obligations.

(1) Laurent, I, Principes de droit civil, No 319.

Dans le droit moderne, tous les hommes sont des *personnes*. Aux yeux du législateur ancien, certains hommes n'étaient que des machines vivantes ou des animaux. Le principe de l'égalité de tous devant la loi leur donne aujourd'hui la personnalité. Ils forment la classe des personnes *réelles* ou *physiques*.

Les personnes fictives sont des êtres de raison auxquels la loi, dont ils tiennent la vie juridique, reconnaît la capacité civile : notre droit, plus formel en cela que le droit français, leur donne le nom de personnes *civiles* ou *morales*.

8. Les personnes ont des droits. Ces droits, pour n'être pas constamment à l'état passif, ont besoin d'une sanction ; et la loi donne aux personnes ce " droit sanctionnateur " qui est l'*action*. L'action est le complément nécessaire des droits, car un droit serait chose vaine et inutile, si la loi n'accordait pas la faculté de contraindre à accomplir l'obligation qui s'y rattache.

On appelle aussi *action* la poursuite elle-même, l'instance devant le tribunal. Dans ce sens, elle n'est, par rapport au " droit de poursuivre en jugement ce qui nous appartient ou ce qui nous est dû ", que l'*exercice* de ce droit. Il importe de ne pas confondre. L'*action* existe avant l'*instance* et indépendamment de celle-ci, et réciproquement, l'instance peut exister sans être fondée sur un droit et par conséquent lorsqu'il n'existe pas d'action. [1]

On a longtemps enseigné que l'action, soit qu'on la considère comme un *droit* ou comme un *moyen* de réclamer en justice, a quelque chose de distinct, et du droit qui en est la source et de la demande judiciaire

(1) Dalloz, au mot *Action*.

par laquelle elle est exercée ; en d'autres termes, que les actions sont des droits particuliers qui naissent de la violation des autres droits. Et cette théorie était rigoureusement vraie dans le droit romain, au moins sous le système formulaire.

La doctrine nouvelle enseigne que l'action n'est plus un droit distinct de celui qu'elle protège mais qu'elle se confond avec lui. L'action n'est donc autre chose que le droit lui-même qui reste passif tant qu'il n'est pas contesté, mais qui se met en mouvement dès qu'il est méconnu ou violé. Il n'y a pas, par conséquent, de droit sans action, et la loi qui le crée n'a pas besoin d'y ajouter expressément une action : par cela seul qu'il existe, elle existe en même temps que lui. [1]

9. La question de savoir s'il n'y a qu'une action pour un droit ou si un droit peut donner lieu à plusieurs actions ou cumulatives ou en concours avec faculté de choisir, est controversée. Il nous paraît résulter de la discussion qu'a soulevée le brocard *Electa una via, non datur recursus ad alteram*, qu'il n'a plus cours dans le droit moderne, et que s'il n'y a vraiment qu'une action pour un droit, il peut y avoir plusieurs *exercices* de cette action, plusieurs manières de l'exercer. C'est à cet exercice de l'action et non au droit lui-même que l'autorité de la chose jugée impose des restrictions. On peut remarquer aussi que certains auteurs, en accordant parfois plusieurs actions, n'ont fait, en définitive, que constater la réunion de plusieurs droits en une seule personne.

10. De la nature des actions il résulte qu'elles doivent se diviser, comme les droits auxquels elles sont

(1) Garsonnet, *Traité de Procédure*, I, § 290.

inhérentes, en actions mobilières et immobilières, personnelles, réelles et mixtes.

L'action est *personnelle* quand elle a pour fondement un droit personnel et qu'elle est dirigée contre la personne obligée, en possession ou non de la chose réclamée.

L'action est *réelle* quand elle a pour fondement un droit réel et qu'elle est en conséquence dirigée contre le détenteur de la chose qui en forme l'objet sans qu'il y ait obligation personnelle de sa part.

L'action est *mixte* quand elle est fondée à la fois sur un droit personnel et sur un droit réel.

Si le droit réel sur lequel est fondée l'action, est un droit immobilier, l'action est *immobilière.* Elle est *mobilière,* si ce droit réel est lui-même mobilier.

11. Puisque toute personne est capable d'avoir des droits, et qu'il n'y a pas de droit sans action, il faut dire que toute personne jouit de la faculté de recourir aux tribunaux pour y défendre ses droits. En thèse générale, on peut même dire qu'elle a non seulement la jouissance mais aussi l'exercice de ce droit.

Cependant la faculté de faire intervenir les tribunaux dans les différends que les citoyens ont entre eux ferait naître des abus dangereux si l'on n'en restreignait l'exercice, si la loi, avant de permettre cette intervention, n'imposait certaines conditions obligatoires même pour ceux qui ne sont frappés d'aucune incapacité. Ces restrictions s'appliquent soit seulement à celui qui provoque l'intervention judiciaire, au demandeur, soit au demandeur et au défendeur.

Nous étudierons les premières au chapitre suivant ; les secondes, au chapitre troisième de cette Partie.

(Dans l'un et l'autre cas, d'ailleurs, nous supposons que les parties se présentent devant leurs vrais juges. L'article 76 du code de procédure exige que la demande de celui qui prétend à une chose ou à un droit qu'on lui refuse, soit formée devant le tribunal compétent. Et l'on peut voir là une restriction au droit de plaider. Nous ne pouvons toutefois que la mentionner ; l'étude de la compétence des tribunaux nous entraînerait trop loin.

Pour la même raison, nous n'entendons pas traiter des règles imposées aux plaideurs, une fois admis devant le tribunal à soutenir leurs droits, bien que ces règles de procédure se rattachent évidemment aussi à l'exercice du droit de plaider.)

Notre objet est simplement, ici, de nous demander à quelles conditions les parties, supposées capables, peuvent être admises à soutenir le débat qu'elles ont provoqué ou auquel elles sont appelées.

CHAPITRE DEUXIÈME

DES CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR INTENTER UNE ACTION

Section I

De l'assignation du défendeur

12. La première condition requise pour obtenir l'intervention du tribunal est imposée par l'article 82 du code de procédure : Il ne peut être adjugé sur une demande judiciaire, sans que la partie contre laquelle elle est formée ait été entendue ou dûment appelée.

La défense est de droit naturel. La mission des juges est de rendre des arrêts équitables, de décider s'il y a chez le demandeur le droit réclamé, et si ce droit est violé ou méconnu par le défendeur. Or comment juger avec sagesse si l'on n'écoute qu'une voix ? Il nous paraît inutile d'insister. Même à cette rude époque où " le glaive jugeait et faisait l'innocence, " on a exigé la formalité d'un ajournement. L'ambiguïté des lois veut encore maintenant qu'il y ait un combat devant le tribunal. Le jugement de la raison a succédé à l'effet du hasard, la vérité a vaincu le fer, mais le principe de la justice veut toujours qu'il y ait deux combattants.

13. Rigoureusement appliqué, ce principe entraîne l'obligation chez celui qui poursuit de dénoncer à l'adversaire même, sa demande ; et dans les premiers temps du droit romain, il ne pouvait y avoir de procès sans que le défendeur fût, en personne, devant le tribunal. D'un principe juste trop strictement mis en pratique, il découlait souvent une injustice. Ainsi, le demandeur devait sommer son adversaire de se rendre avec lui, incontinent, devant le magistrat, *in jus*. Et au cas de refus constaté par des témoins il pouvait l'y amener *obtorto collo*. Mais comme cette *in jus vocatio* ne devait pas avoir lieu dans un moment inopportun et qu'un grand nombre de cas étaient prévus où elle ne pouvait se faire, il en résultait que des défendeurs,— sans parler de ceux qu'on ne pouvait jamais assigner,— trouvaient moyen d'être presque constamment dans un de ces cas et rendaient ainsi l'assignation impossible. Le demandeur se voyait empêché, par le fait seul de son adversaire, d'obtenir justice. La loi a donc dû apporter des tempéraments au principe, et recourir dans certains cas à une fiction et supposer le défendeur présent quand on n'avait pu l'appréhender mais qu'on lui avait dénoncé la poursuite.

De nos jours, celui qui se présente seul devant le tribunal a le droit d'être entendu s'il prouve que son adversaire a été appelé, et si le défendeur néglige de répondre à l'assignation, son défaut est interprété comme un consentement à ce que le juge décide sur la seule version du demandeur.

L'assignation personnelle n'est même pas la règle. Elle n'est plus requise que par exception. La sommation est remise par huissier, ou au défendeur lui-même, ou à une personne raisonnable de sa famille, à son domicile, élu ou réel, ou à sa résidence ou à son bureau

d'affaires. En certains cas même, l'action peut lui être dénoncée par un simple avis publié dans les journaux.

Le défendeur qui n'a pas été appelé peut, s'il n'a pas comparu, s'opposer au jugement rendu contre lui, et s'il a comparu, il peut invoquer l'irrégularité de l'assignation par exception à la forme.

Le défendeur assigné doit en outre avoir la capacité d'ester en justice. Ce point est traité dans la seconde Partie.

14. Ajoutons que l'efficacité de l'assignation du défendeur dépend quelquefois de l'accomplissement d'une formalité préalable. On n'a pas le droit de citer en justice, sur poursuite en dommages-intérêts, les officiers publics et certaines corporations, sans leur avoir d'abord donné avis de cette poursuite.

L'article 88 C. P. dit : Nul officier public ou personne remplissant des fonctions ou devoirs publics ne peut être poursuivi pour dommages à raison d'un acte par lui fait dans l'exercice de ses fonctions, et nul verdict ou jugement ne peut être rendu contre lui, à moins qu'avis de cette poursuite ne lui ait été donné au moins un mois avant l'émission de l'assignation.

Cet avis doit être par écrit ; il doit exposer les causes de l'action, contenir l'indication des noms et de l'étude du procureur du demandeur ou de son agent et être signifié au demandeur personnellement à son dimicile.

L'article 793 C. M. dit : Nulle action n'est intentée contre toute telle corporation, avant qu'un avis de quinze jours par écrit, de telle action, ait été donné au secrétaire-trésorier de la corporation, lequel avis peut

être signifié par lettre enregistrée et est aux frais de celui qui le donne.

Ces articles et des dispositions analogues contenues dans de statuts affectant les corporations publiques ou privées ont été diversement interprétés par nos tribunaux. Il serait trop long de reproduire cette jurisprudence qui est d'ailleurs suffisamment condensée aux recueils suivants: REVUE LÉGALE, *Répertoire*, pp. 19, 25, 241 et 280 ; CONSOLIDATED DIGEST of the Province of Quebec, pp. 25 et 448 ; BÉDARD, *Code municipal*, sous l'article 793.

SECTION II

Du droit d'action.

15. Une autre condition préalable, requise pour pouvoir intenter une action, c'est l'existence d'un droit chez le demandeur. Cette condition n'est pas expressément imposée par les codes, mais elle tient à la nature même de l'action. Il n'y a pas de droit sans action, il n'y a pas non plus d'action sans un droit dont elle soit la sanction. Les principes déjà exposés nous conduisent à cette conclusion nécessaire. Le mot *droit* est donc pris ici dans son sens le plus étroit et le plus précis, c'est-à-dire, comme étant une faculté garantie par la loi.

16. Il faut évidemment que ce droit soit régulièrement constitué, et ressorte de l'état de choses invoqué par la demande, conformément aux règles du droit civil. De plus, ce droit doit être exigible, c'est-à-dire que, s'il est conditionnel, la condition doit être accomplie, et que s'il est à terme, ce terme doit être échu. En effet, dans le premier cas, l'existence du droit n'est pas certaine, et

dans le second cas, son exercice est suspendu. Seules, dans ces conditions, les mesures conservatoires sont recevables. De même, il faut que ce droit existe encore et ne soit pas éteint par la prescription ou autrement.

La question peut se poser de savoir quelle force a encore dans notre droit la maxime : *Nemo auditur propriam allegari turpitudinem.* Il y a en effet des droits dont l'exercice est immoral. Ces droits peuvent-ils être invoqués en justice ? Question controversée, à laquelle nous croyons qu'il faut répondre affirmativement. Il s'agit en effet uniquement de savoir si la demande formée en justice est fondée sur un droit. Or, ou l'immoralité qu'on veut opposer à l'action est de telle nature, que, par raison d'ordre public, la loi l'a déclarée suffisante pour éteindre ce droit, et alors évidemment il n'y a pas d'action puisqu'il n'y a pas de droit. Ou bien, cette immoralité n'a pas, d'après la loi, l'effet d'annuler le droit lui-même, et alors nous ne voyons pas en vertu de quel principe légal, le juge pourrait trouver non recevable une action basée sur un droit existant, sans déclarer par là que ce droit, reconnu par la loi, n'existe pas.

Notons que le droit requis pour rendre l'action recevable doit être celui-là même dont elle découle. Mais une action est recevable lors même que le demandeur réclame plus que son droit ne comporte. Sous le système formulaire des Romains la *plus-pétition* entraînait l'absolution du défendeur, sauf certains cas rares où l'erreur ayant été presque inévitable, le préteur venait au secours du demandeur en lui accordant un recours. Ce formalisme n'existe plus ; l'exagération de la demande n'est pas un empêchement au droit de plaider.

17. L'article 191 C. P. fournit un moyen d'invoquer l'absence du droit chez celui qui poursuit : *l'inscription en droit.* Mais nous aurons occasion de voir, dans la seconde Partie, que ce défaut peut être invoqué en tout état de cause et de diverses manières.

Section III

De l'intérêt

18. L'article 77 C. P. impose nettement la troisième condition : Pour former une demande en justice, il faut y avoir intérêt. Cette disposition était nécessaire pour deux raisons : empêcher d'abord les plaideurs malhonnêtes de se servir des tribunaux pour des fins de persécution ; conserver, d'autre part, au sanctuaire de la justice son caractère de grandeur et d'importance. Cette vieille maxime de bon sens que " l'intérêt est la mesure des actions ", veut donc dire que personne n'a le droit de soulever des contestations qui ne lui importent et d'occuper les juges, dont le temps est précieux, de questions qui lui sont indifférentes. [1] Le droit romain promulguait cette vérité par les deux formules : *Maliciis non est indulgendum*, et *De minimis non curat praetor.*

Quant au principe général, "Pas d'intérêt, pas d'action", il est facilement admis et appliqué. Comme l'a dit la cour d'appel, [2] l'intérêt c'est le droit d'action même. Il s'en suit que là où il y a un intérêt, il y a une action. Selon l'article 77 C. P., cet intérêt, excepté dans les cas de dispositions contraires, peut n'être qu'éventuel.

(1) Garsonnet, I, § 296.

(2) *Hood & Bank of Toronto*, Ramzay's A. C., p. 16.

En principe donc, il importe peu d'examiner quelle est la nature de cet intérêt. L'action est recevable du moment qu'elle est basée sur un intérêt sérieux et légitime, c'est-à-dire reposant sur un droit consacré par la loi. Il est évident que ce peut être seulement un intérêt moral d'honneur ou de famille et qu'il n'est pas toujours besoin d'un intérêt pécuniaire.

Cet intérêt, suivant la formule consacrée, doit être *immédiat, né* et *actuel,* ce qui veut dire tout simplement qu'il doit exister. Et quand le code parle d'intérêt éventuel cela doit signifier qu'il n'est pas nécessaire que le préjudice à raison duquel on agit soit encore réalisé, ni que l'exercice du droit qu'on veut défendre soit dès maintenant, entravé ; car il peut être utile de prévenir un dommage imminent ou de mettre un droit à l'abri d'une contestation ultérieure. [1]

C'est ainsi que le possesseur qui est menacé dans la paisible jouissance de son immeuble, soit par des travaux entrepris sur le fonds voisin, soit par des avis d'expropriation illégale, ou par des procédures qui peuvent porter atteinte à son droit de propriété a un intérêt suffisant pour intenter immédiatement une action possessoire, sans attendre qu'il en résulte pour lui un préjudice matériel. La cour d'appel, dans une cause jugée tout récemment [2], a affirmé ce principe.

Cet intérêt requis pour rendre l'action recevable, doit apparaître à la face même des procédures. Et il a été jugé qu'une action fondée sur une convention écrite, ne peut être intentée que par la personne mentionnée dans l'écrit, lors même que d'autres y auraient avec elle un

(1) Garsonnet, *loc. cit.*

(2) Roy & Cie du Pont de Québec, 1901, à Québec.

intérêt conjoint. [1] De même une action intentée par une femme mariée, séparée de biens, et dans laquelle le mari n'intervient que pour autoriser son épouse, ne peut contenir de conclusions qu'en faveur de la femme. [2] On a cependant décidé, depuis, que des conclusions prises, dans ce cas, au nom des demandeurs, pour une somme due à la femme seule sont légales et suffisantes. [3]

Nous verrons au chapitre suivant que cet intérêt doit être personnel au demandeur.

19. Comme l'intérêt est de la nature même de l'action, il s'en suit que son défaut ne peut être couvert d'aucune façon et qu'il peut être opposé en tout état de cause.

CHAPITRE TROISIÈME

DE LA QUALITÉ DES PARTIES

SECTION I

Qualité personnelle

20. Nous venons de voir que pour intenter une action il faut posséder un droit, et avoir intérêt à revendiquer ce droit ; que cet intérêt doit être non seulement sérieux et légitime, mais aussi inhérent à la

(1) *Gariépy* v *Rochette*, I R. de L., 345.

(2) *Lefort* v *Desmarais*, 11 L. C. J., 122.

(3) *Audette* v *Hébert*, 7 R. J. O., C. S., 434.

personne du demandeur. C'est-à-dire qu'il faut être maître de ce droit ou représentant du maître. Ce titre auquel on figure dans un procès, c'est la *qualité*. C'est, en termes plus généraux, la faculté légale d'agir en justice. Il ne suffit donc pas qu'un droit existe, qu'un intérêt soit lésé, que le défendeur soit appelé : celui qui se présente en justice pour former une demande en vertu d'une obligation qui n'a pas été contractée avec lui, ou envers lui, doit être déclaré non recevable. Il ne peut être permis à personne d'usurper le droit d'autrui pour exercer une action qui n'est pas la sienne.[1] C'est donc la première condition requise, aussi bien chez le défendeur que chez le demandeur, pour que l'action soit reçue. On ne peut pas, en effet, faire figurer le défendeur au procès à un titre qui n'est pas le sien.

La règle veut que seul le propriétaire du droit litigieux ait qualité pour poursuivre, et cette poursuite doit être dirigée contre celui-là même qui est censé avoir méconnu ou violé ce droit. Que les parties soient des personnes physiques ou des personnes morales, le principe est le même.

§ Ier—DE LA RÈGLE : *Nul ne plaide par procureur, hormis le Roi*

21. Une faculté naturelle, reconnue par la loi, permet d'agir et d'exercer ses droits en général, par soi-même ou par mandataire. Dans toutes les affaires, et même dans les actes les plus importants et les plus solennels, on peut se faire représenter par un mandataire dont le nom paraît dans l'acte. Quand il

(1) Fréminville, *Minorité et tutelle*, I, No 285.

s'agit du droit de plaider, la loi apporte une restriction formelle à cette faculté générale : aucune action judiciaire ne peut être intentée ou soutenue que sous le nom de la partie personnellement intéressée.

Personne ne peut plaider avec le nom d'autrui, dit l'article 81 C. P., si ce n'est le souverain par ses officiers reconnus. C'est là l'expression légale, chez nous, de la maxime du droit français : Nul ne plaide par procureur, hormis le Roi.

22. Cette règle, contraire aux principes du droit romain, dans son dernier état, [1] s'est introduite dans la plus ancienne jurisprudence française, à une époque que les auteurs ne peuvent préciser, et elle a encore pleine vigueur en France bien qu'aucun texte formel ne l'énonce.

Dans un sens elle signifie, d'après Merlin, que personne ne peut agir en justice pour les intérêts d'autrui en qualité de *negotiorum gestor*, et que pour pouvoir poursuivre en justice, même sous son nom, il faut y être autorisé, par une procuration expresse ou implicite. Mais dans sa véritable acception, elle veut dire qu'on ne peut intenter ou soutenir une action sans être en nom dans les qualités de l'instance. " Les parties qui plaident doivent être en nom dans les exploits et les jugements." [2]

Cette disposition, dit Dalloz [3], a pour causes principales, l'inconvénient de compliquer les actes de procédure comme aussi de rendre plus difficile, par l'intervention

(1) *Olim in usu erat*, dit Justinien, *alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela.*

(2) Jousse, I, p. 57.

(3) Au mot *Action.*

d'un étranger, le rapprochement des parties, de même que l'incertitude sur la personne à qui ces actes de procédure doivent être signifiés. Elle a en outre pour objet d'empêcher le vrai plaideur de se soustraire à son adversaire.

Il faut remarquer qu'on ne plaide pas par procureur en empruntant l'intermédiaire d'un avocat, car celui-ci ne se présente qu'au nom de son client pour qui ou contre qui le jugement sera rendu.

On ajoute, en France, que ce n'est pas non plus violer la maxime que de se substituer un mandataire pourvu que ce dernier n'agisse pas en son nom mais au nom de son mandant. Mais cette interprétation ne peut guère être admise chez nous, en présence du texte formel de l'article 81 C. P., qui défend absolument de plaider avec le nom d'autrui.

23. Nos tribunaux ont eu assez souvent à se prononcer sur cette matière. En 1817, la cour d'appel a jugé qu'une action basée sur un contrat conclu avec un agent agissant pour son principal, doit être prise par celui-ci [1]. En 1845, la cour du banc de la reine a jugé qu'un procureur ou agent ne peut, dans l'intérêt ou pour la conservation des droits de son principal, porter l'action en son propre nom, quand même il y aurait entre le débiteur ou la partie contractante avec le principal une convention expresse que telle action serait portée au nom de tel agent [2]. En 1885, M. le juge Loranger a également affirmé le principe que personne ne peut plaider avec le nom d'autrui [3]. En 1887, la cour de revision à Montréal (Doherty, Loranger et Tait JJ.) a

(1) Allsopp v Huot, 1 R. de L., 345.

(2) Nesbitt v Turgeon, 2 R. de L., 43.

(3) Giles v Giroux, 13 R. L., 652.

jugé qu'une requête de la part des héritiers d'une succession pour faire nommer le notaire chargé de procéder à l'inventaire, doit être présentée au nom des parties et non pas au nom du procureur de la succession [1]. Enfin, en 1898, M. le juge Davidson a affirmé le principe que le procureur d'une succession ne peut pas plaider en son nom en cette qualité [2].

En 1880, la cour supérieure [3] et la cour d'appel [4] ont jugé : " That an agent cannot sue in his own name as a factor on a contract made with a foreign principal. So in an action to recover the price of books supplied by a Paris firm through their agent in Montreal, the contract having been made in the name of the principal, such action by the agent must be dismissed even though he had the control of the goods."

Prenons le cas inverse. Le principal peut-il intenter une action fondée sur un contrat fait par l'agent qui a stipulé en son propre nom sans dénoncer son principal ? La jurisprudence est indécise.

Pour l'affirmative : Read v Birks,[5] Mondelet J., 1858 ; Labelle v Patrie, [6] Loranger J , 1873 ; Canada Shipping Co. v Hudon Cotton Co., [7] cour d'appel, Dorion et Ramsay *diss.* ; Mackill v Morgan, [8] C. S. 1892.

Pour la négative : L'opinion des juges Dorion et

(1) *Ex parte* Paré, 3 M. L. R., C. S., 76.

(2) Lalonde v Legault, 15 R. J. O., C. S., 297.

(3) Dansereau v Keller, 3 L. N., 240.

(4) Doutre v Dansereau, 3 L. N., 22.

(5) 2 L. C. J., 161.

(6) 4 R. L., 530.

(7) 27 L. C. J., 14.

(8) 1 R. J. O., C. S., 535.

Ramsay dans la cause de Canada Shipping Co. v Hudon Cotton Co., et celle des juges Fournier et Henry, en cour suprême, [1] dans cette même cause ; Meunier v la Corporation de Québec, [2] où la cour de revision a jugé, en 1886, que : " The principal without the consent of his agent cannot sue in the latter's name, on a contract made by the agent in his own name and without disclosing his principal. In such case the principal can only take action by becoming subrogated in the rights of the agent".

Quant au cas d'actions sur des polices d'assurance maritime, le conseil privé a décidé : " That the undisclosed principal can sue in his own name on a contract of maritime assurance made by and in the name of his agent, subject to any defenses or equities which without notice may exist against the agent." [3]

Est-ce violer la disposition de l'article 81 C. P., que de permettre au cessionnaire d'une créance de plaider au nom de son cédant ? Il y a dans la jurisprudence française des arrêts qui soutiennent l'affirmative, d'autres, la négative.

Nos tribunaux paraissent avoir toujours jugé que le cessionnaire a le droit de prendre le nom de son cédant pour agir en justice. Ainsi en 1863, le juge Stuart a décidé que le cessionnaire des créances d'un failli a le droit de se servir du nom du failli et de porter son action au nom de celui-ci [4]. En 1883, la cour d'appel

(1) 13 Can. S. C. R., 401.

(2) 12 Q. L. R., 134.

(3) Browning v Provincial Ins. Co. of Canada, L. R. 5 P. C., 263, 1873 ; Anchor Marine Ins. Co. v Allan, 13 Q. L. R., 4, cour d'appel, 1886.

(4) Crémazie v Cauchon, 16 L. C. R., 482.

(Monk, Ramsay, Tessier et Cross JJ.) a jugé que le cessionnaire d'une rente foncière annuelle peut, par opposition à fin de charge, au nom de son cédant, protéger ses droits à cette rente [1].

En 1895, M. le juge Andrews a rendu une décision analogue à celle de *Crémazie* v *Cauchon*, et il a refusé au cédant le droit de désavouer les procureurs du cessionnaire [2]. Il est important de remarquer toutefois que, dans l'espèce, l'un des cédants paraît avoir autorisé les procédures faites par le cessionnaire.

Pas un de ces arrêts ne mentionne la raison pour laquelle on y permet au cessionnaire d'une créance de plaider avec le nom d'autrui. On a dit, en France, que le cessionnaire n'est lui-même qu'un prête-nom et que le vrai plaideur c'est le cédant. Mais les causes que nous venons de citer n'offrent pas ce caractère ; et nous ne pouvons nous empêcher de voir, dans cette jurisprudence, une exception à une règle qui, d'après les termes où elle est posée, ne nous paraît pas devoir en admettre.

Quand il s'agit d'un jugement à exécuter par le cessionnaire, la question ne peut soulever de difficulté. L'article 607 C. P. dit formellement que ce jugement, s'il n'a pas pour objet une chose purement personnelle au demandeur, peut être exécuté en son nom, même après son décès. Dans une cause de *Wilson* v *Joly* [3], M. le juge Taschereau a interprété cet article en disant que le cessionnaire d'un jugement n'a pas qualité pour le faire exécuter en son propre nom, mais qu'il peut et doit se servir du nom de son cédant.

(1) Rodier v Roberge, Ramsay's A. C., p. 606.

(2) Béland v Bédard, 8 R. J. O., C. S., 155.

(3) 32 L. C. J., 75, 1887.

23 La règle qu'on ne peut plaider avec le nom d'autrui reçoit de la loi même qui la pose une exception en faveur du souverain, qui peut le faire par ses officiers reconnus. Cette exception, dit Dalloz, se justifie d'elle-même par un sentiment d'équité et de haute convenance qui ne permet pas que la personne auguste du souverain figure dans un débat judiciaire dont le roi lui-même est considéré comme juge par la force du principe que toute justice émane du roi.

L'officier reconnu du souverain, est, pour le Canada, le ministre de la justice, et, pour chaque province, son procureur général. " The Attorney General of the Province of Quebec has the right to appear on behalf of and to represent Her Majesty's interests in all suits pending in the courts of said province. In any event this is a question which the court cannot consider at the instance of a private individual, the opponent of the Crown inasmuch as to decide it adversely to the Attorney General's appearance would effect a virtual disavowal of his action, without that being asked in the regular mode." [1]

Il y a deux autres décisions où le même droit est reconnu au procureur général, et qui offrent ceci d'intéressant qu'elles se rapportent à la manière d'exercer ce droit de plaider. La première est du juge Monk, qui, en 1862, a jugé qu'une information libellée, au nom du procureur général pour Sa Majesté doit être renvoyée sur exception à la forme, par suite de ce que cette information a été signée par certaines personnes s'intitulant " Procureurs du procureur général, *pro Regina*". Le procureur général comparaissant pour Sa Majesté ne peut en loi comparaître par procureur [2].

(1) Cour d'appel, 1874, *Monk & Ouimet*, 19 L. C. J., 71.

(2) *Cartier* v *Laviolette*, 16 L. C. J. 309.

L'effet de cette décision serait de déclarer que l'exception de l'article 81 C. P. n'en est pas une. Aussi nous croyons que la véritable doctrine se trouve énoncée dans la décision rendue en 1895, par M. le juge Doherty dans la cause de *Casgrain* v *La Compagnie de Carrosserie* [1]. " The Attorney General acting in his official quality may be represented by attorney at law and said representation is not a delegation of the power conferred on him. Attorneys appearing on behalf of the Attorney General, are presumed in the absence of disavowal, to be duly authorized by him, and under such presumed authorization all proceedings signed by them as attorneys for the Attorney General are considered the acts of the Attorney General. The fact that it is stated in the action that the proceedings are so instituted by the Attorney General upon the petition of an individual named and that said individual has been authorized to use the name of the Attorney General, does not affect the regularity of the proceedings. "

On peut rapprocher de cette exception faite en faveur du souverain, le privilège de l'Etat de n'être pas poursuivi par action directe. Le principe du droit de plaider même contre le souverain n'est pas absolument violé, puisqu'il reste au citoyen la pétition de droit. Le sérieux inconvénient de ce recours souvent inefficace est-il nécessaire à l'ordre public ? Ce serait nous écarter de notre sujet que d'examiner cette question. Remarquons seulement que dans certaines colonies, l'Ile de Ceylan, par exemple, et la Nouvelle-Galles du Sud, il est permis de citer le souverain en justice par action directe.

26. La raison de la règle : nul ne plaide par procu-

(1) 9 R. J. O., C. S., 393.

reur... en est une de protection ou de garantie pour l'adversaire : elle n'est pas d'ordre public. La nullité résultant de la violation de cette règle ne peut donc pas être déclarée d'office par le juge. Des auteurs enseignent que ce moyen peut être invoqué en tout état de cause. La cour de cassation cependant a toujours décidé qu'il ne peut être proposé pour la première fois devant elle.

Nous croyons que cette nullité est couverte par la comparution du défendeur et son défaut de l'invoquer, soit par exception à la forme, soit au moins par une déclaration de sa part que l'action ainsi intentée viole la disposition de l'article 81 C. P. C'est ce cas qui s'est présenté dans la cause de *Lalonde* v *Legault* [1].

§ II.—DU DROIT D'ACTION DES CRÉANCIERS

27. En principe, l'action n'appartient qu'au propriétaire du droit litigieux, mais cette règle n'est pas sans exception. Dans certains cas, en effet, la loi permet de substituer au propriétaire ses propres créanciers auxquels elle transfère sa qualité. Ces cas sont ceux où le débiteur refuse ou néglige, au préjudice de ses créanciers, d'exercer lui-même ses actions (Art. 1031 C. C.).

28. Cette faculté accordée aux créanciers s'étend, en général, à tous les droits et actions du débiteur. Il y a exception pour ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne. Ainsi, on doit considérer comme ne pouvant être exercés par les créanciers : les droits accordés au père et à la mère sur la personne de leur enfant ; le droit de remplir un mandat, soit légal, soit conventionnel, à moins toutefois que le mandat n'ait été conféré dans l'intérêt du mandataire ; les actions pures

(1) *Supra*, No 23.

et simples en réclamation d'état; les demandes en annulation de mariage, fondées sur une cause de nullité relative; les demandes en séparation de corps et en séparation de biens; le droit de demander des aliments dus en vertu de la loi; les droits d'usage et d'habitation; l'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude, toutes les actions en dommages-intérêts naissant de délits contre les personnes. [1]

M. le juge De Lorimier a décidé, en 1893 : Les actions en nullité de mariage sont exorbitantes du droit commun, et ne compètent qu'à ceux-là seuls, à qui la loi en a conféré l'exercice ; les créanciers ne peuvent exercer cette demande qu'en matière de nullité décrétée comme nullité absolue par la loi [2]. M. le juge Tellier, en 1898, a décidé : L'action en dommages-intérêts pour réparation d'un délit ou quasi délit contre une personne est une action exclusivement attachée à la personne; elle ne saurait donc être exercée par les créanciers, alors du moins que le débiteur est décédé sans l'avoir intentée; il en serait autrement au cas où cette partie aurait formé son action, et l'article 1031 C. C. trouverait encore son application s'il s'agissait de dommages résultant de délit ou quasi-délit commis contre les biens [3]. En 1901, M. le juge Mathieu a décidé que le créancier d'un débiteur insolvable est sans intérêt à soutenir que le cessionnaire d'un autre créancier du même débiteur n'a pas donné valable considération et que le transport n'a pas été signifié au débiteur. [4]

La règle qui doit être suivie dans la distinction à faire entre les actions que peuvent exercer les créanciers et

(1) Aubry et Rau, IV, Cours de droit civil, p. 124.

(2) *Bellehumeur* v *Bellehumeur et McConville*, 5 R. de J., 86.

(3) Tessier v le Grand Tronc, 5 R. de J., 1.

(4) Johnson v Sharswood, 3 R. de P., 473.

celles qui leur sont interdites, se tire de la nature de l'intérêt que les créanciers ont à plaider ainsi. Il faut un intérêt pécuniaire, toujours, en outre du préjudice que doit causer le défaut du débiteur d'agir. Evidemment, les créanciers ne peuvent pas exercer les actions que le débiteur aurait seulement un intérêt moral à intenter. Ils se mettent, d'ailleurs, tout simplement à la place de leur débiteur, et ces droits et actions qu'ils veulent exercer ne doivent pas être éteints, par exemple, par la renonciation qu'aurait pu y faire le débiteur. Car alors, celui-ci n'ayant plus de droit, les créanciers ne peuvent pas plus que lui en demander la sanction. Dans ce cas, il faut d'abord, si la renonciation a été faite pour frauder leurs droits, qu'ils la fassent déclarer nulle. Le droit ainsi rétabli, ils pourront le faire valoir.

La cour d'appel, dans la cause de *Parent & Leclair* [1], a décidé : Le créancier qui exerce les droits de son débiteur n'est pas un tiers, mais le représentant du débiteur, son ayant cause ; c'est le débiteur qui agit par un intermédiaire, et par conséquent il ne peut faire valoir que les droits que le débiteur lui-même pourrait faire valoir.

29. Le code français dit que le créancier exerce ces actions " au nom de son débiteur ". Notre droit n'a pas de disposition semblable, et en présence des termes formels de l'article 81 C. P., il faut conclure que le créancier, chez nous, doit intenter ces actions en son nom personnel. Le cas des créanciers qui poursuivent les droits de leur débiteur, n'est donc pas, dans notre droit, une exception à la règle que nul ne plaide par procureur...

Si le débiteur est frappé d'une des incapacités légales d'ester en justice, les créanciers doivent, en général,

(1) 1 R. J. O., B. R., 244.

accomplir les formalités préalables requises pour donner à l'incapable le pouvoir d'être, par lui-même ou par l'intermédiaire d'un autre, légalement devant le tribunal.

Section II

Qualité des mandataires légaux

30. Il s'agit ici d'une dérogation formelle aux deux principes qui viennent d'être exposés : " Le propriétaire seul du droit litigieux peut exercer ce droit en justice," et " Nul ne plaide par procureur, si ce n'est le souverain."

Les créanciers ont, pour agir en justice à la place de leur débiteur, un intérêt qui leur est personnel, bien que le droit d'action soit personnel au débiteur. La loi ici va plus loin et permet à certaines personnes de plaider en demandant ou en défendant, de figurer à un procès, non seulement sans avoir personnellement de droit d'action, mais même sans avoir au litige aucun intérêt personnel ; ces personnes sont les mandataires légaux, les représentants d'autres personnes. Ainsi le tuteur, sans avoir aucun droit à une chose, a néanmoins qualité pour la réclamer en justice en faveur de son pupille. Et le mineur se trouve ainsi à plaider avec le nom d'autrui.

Ce droit de plaider en qualité de mandataire, est un droit d'exception : il faut donc, en chaque cas, examiner si un texte bien clair l'accorde, sans quoi il n'existe pas. Tous les mandataires légaux, en effet, trouvent dans la loi qui les institue la limite de leurs pouvoirs. Et, nous l'avons déjà vu [1], ceux qui tiennent leur mandat, non

(1) *Supra*, Nos 21 et 22.

pas de la loi, mais d'un contrat, ne peuvent aucunement plaider en leur qualité de mandataires.

31. Avant d'étudier les cas particuliers, rappelons le principe qui régit la matière quant à la manière d'exercer ce droit de plaider des mandataires légaux : Les tuteurs, curateurs et autres, représentant ceux qui n'ont pas le libre exercice de leurs droits, plaident en leur propre nom en leur qualité respective (Art. 81 C. P.).

§ Ier.—Du tuteur et du curateur a la personne

32. Nous verrons quels sont les pouvoirs de ces mandataires légaux en étudiant l'incapacité du mineur, émancipé ou non, l'incapacité de l'interdit pour démence, prodigalité ou ivrognerie, et celle de l'aliéné détenu dans un asile. Nous renvoyons donc à la Seconde Partie.

§ II.—Des curateurs aux biens

33. On peut dire, en règle générale, que les pouvoirs des curateurs aux biens étant ceux de simples administrateurs, leur droit de plaider se limite aux procès qui naissent d'actes administratifs. Mais l'examen des différentes curatelles aux biens démontre que cette règle est parfois trop étendue et souvent trop restreinte. Il faut donc voir quelle est la nature de la fonction d'au moins quelques-uns de ces curateurs.

Du curateur aux biens des absents

34. Ce curateur est nommé dans le cas où il y a nécessité de pourvoir à l'administration des biens d'un absent qui n'a pas de procureur fondé ou dont le procureur refuse d'agir (87 C. C.). L'article 91 C. C. définit ses pouvoirs en disant qu'ils se bornent aux

actes de pure administration. Les auteurs français enseignent qu'il est le représentant légal de l'absent ; mais cet article 91 indique clairement que c'est dans des cas exceptionnels seulement que chez nous il représente l'absent. " Il a le droit de poursuivre et peut être poursuivi," dit Rolland de Villargues. Cette opinion tranchée n'est pas tout à fait celle de nos magistrats ni de nos jurisconsultes. Quant au droit de poursuivre, on semble d'accord à le lui reconnaître, pour les actes administratifs du moins, et nous ne voyons pas comment ce droit pourrait lui être refusé. Il faut que le curateur ait les actions nécessaires à son administration, c'est-à-dire, comme l'enseigne Loranger, toutes les actions qui ne touchent pas au droit de propriété.

Quand il les exerce, c'est en son propre nom, en sa qualité : il *représente*, pour ces fins, l'absent.

35. Logiquement, le droit de poursuivre, suivant le raisonnement des auteurs français, implique sa contrepartie qui est de pouvoir être poursuivi. Mais il ne faut pas perdre de vue que le rôle du curateur est de représenter l'absent dans les actes seuls où celui-ci ne peut figurer, à raison de son éloignement. Or, suivant notre code de procédure, et depuis l'Acte de Judicature [1], la loi donne un moyen d'appeler en justice un absent. C'est de publier dans les journaux un avis du procès qu'on lui intente. Par cette assignation légale, l'absent est dûment appelé, aux termes de l'article 82 C. P., et on décide que le législateur a par là enlevé à son curateur le droit de le représenter dans les poursuites dirigées contre lui. Nous le répétons, les lois qui permettent à certains mandataires légaux de représenter

(1) 12 Victoria, ch. 39, s. 94.

une personne devant les cours de justice sont des lois d'exception et doivent être interprétées comme telles. L'article 91 C. C., il est vrai, fait du curateur à l'absent un administrateur. Mais il faut, tout en déduisant de cette loi la conséquence qu'il peut poursuivre quand il s'agit d'un acte d'administration, tenir compte des règles de procédure qui permettent de rendre l'absent en quelque sorte présent au procès, ou de le mettre en défaut.

C'est un peu l'opinion de M. P. B. Mignault, mais il déclare n'en être pas convaincu. " Comment en effet, dit-il, va-t-on poursuivre un individu dont l'existence est en doute et qui peut être mort à l'heure de l'institution de l'action ? " Mais est-ce que, d'autre part, on ne pourrait pas se demander tout aussi bien, comment l'on va poursuivre le curateur, mandataire légal de l'absent, quand celui qu'il représente peut être mort ? Permettre de poursuivre le curateur ne nous semble donc pas un moyen de faire disparaître cette objection.

36. Le droit de poursuivre a été reconnu au curateur aux biens de l'absent dans une cause de *Parent* v *St-Jacques*,[1] où M. le juge Loranger a décidé qu'il peut intenter les actions qui se rapportent à l'administration de ces biens, mais qu'il ne peut intenter une action pétitoire sans s'exposer à payer personnellement les frais. Dans l'espèce, l'action pétitoire a été renvoyée sur défense en droit.

Le cas de l'action passive s'est présenté plus souvent devant nos tribunaux. En 1852, les juges Day, Smith et Van Felson ont décidé que vu le moyen donné par l'Acte de Judicature d'assigner l'absent, le curateur ne pouvait pas être poursuivi pour des dettes dues par

(1) 2 R. L., 91.

l'absent [1]. L'année suivante, les mêmes juges ont décidé que ce curateur étant en même temps le mandataire de tous les créanciers de l'absent, il pouvait être poursuivi en reddition de comptes, et que sur une telle demande l'absent n'avait pas besoin d'être assigné.[2] C'est-à-dire que les créanciers, en attaquant ici le curateur, n'attaquent pas en réalité l'absent, dont les biens, gage des créanciers, sont entre les mains du curateur. Une fois la reddition de comptes faite, pour obtenir le paiement de leurs créances, les créanciers devront poursuivre l'absent lui-même. Enfin, en 1886, dans une cause de *Lepage* v *Monier*, [3] M. le juge Andrews a de nouveau décidé qu'il n'y a pas d'action contre le curateur à un absent pour une dette contractée par celui-ci.

Du curateur aux substitutions

37. L'article 945 C. C. dit que ce curateur représente tous les appelés, nés et à naître, en tout inventaire et partage, qu'il veille à leurs intérêts et les représente dans tous les cas où son intervention est requise ou peut avoir lieu. L'article 959 ajoute : Les jugements intervenus en faveur des tiers contre le grevé sont définitifs, si on a mis en cause les appelés ou leurs tuteurs ou curateurs, ou le curateur à la substitution.

Pour établir les pouvoirs du curateur à la substitution, au point de vue où nous nous plaçons, il faut interpréter l'article 945 avec le tempérament de l'article 959. Il représente tous les appelés quand il y a nécessité. Mais si certains appelés sont capables, ou s'ils ont un tuteur ou un curateur, il ne les représente plus dans les poursuites dirigées contre la substitution et il

(1) *Whitney* v *Brewster*, 13 L. C. R., 431.

(2) *Murphy* v *Knapp*, 4 L. C. R., 95.

(3) 12 Q. L. R., 9.

ne peut plaider pour eux. Ce n'est pas un administrateur.

38. Le curateur à la substitution n'a pas le droit d'agir en justice avant l'ouverture de la substitution. Ainsi jugé dans la cause de *Wilson* v *Leblanc*, [1] et dans la cause de *The Mutual Loan and Mortgage Co.* v *Pélodeau* [2], où il s'agissait d'une opposition à la saisie-exécution d'un immeuble substitué. Il ne peut intenter contre le grevé une action en déchéance d'usufruit [3] ni exiger le paiement des capitaux substitués, ce droit n'appartenant qu'au grevé [4].

D'autre part, lorsqu'il est poursuivi en qualité de curateur à la substitution, il représente tous les appelés dans le cas où ceux-ci ne sont pas nommément désignés à l'acte créant la substitution (Jugement de la cour d'appel dans la cause de *Castonguay* v *Castonguay*) [5]. La cour d'appel et le conseil privé ont d'ailleurs formellement reconnu au curateur représentant les enfants à naître le droit de prendre une action dont le but est de conserver des biens de la substitution [6]. Enfin, M. le juge Taschereau et la cour d'appel ont jugé que les droits du curateur d'ester en justice, tels que définis par le code civil, se bornent aux cas seuls de conservation des droits de la substitution et que les appelés peuvent, sans

(1) 13 L. C. J., 201.

(2) 2 R. J. O., C. S., 391.

(3) *Gauthier* v *Boudreau*, 3 L. C. J., 54.

(4) *Moreau* v *Dorion*, 12 R. L., 380.

(5) 14 L. C. R., 308.

(6) *Stuart* v *The Molsons Bank* 4 R. J. O., B. R., p. 11, et 18 L. N., 164.

que le curateur soit mis en cause, intenter une action en recouvrement d'une dette [1].

39. Quant à l'interprétation qu'il faut donner à l'article 959 C. C, M. Mignault enseigne [2] qu'il suffira de mettre en cause le curateur à la substitution, pour donner au jugement rendu contre le grevé l'autorité de la chose jugée à l'égard des appelés quels qu'ils soient. Cet article ne nous paraît pas d'une clarté telle qu'on en puisse déduire une conséquence aussi rigoureuse envers des appelés qui ont d'autres représentants ou qui sont eux-mêmes capables. M. le juge Langelier [3] trouve absurde la disposition de l'article 945 qui fait du curateur le représentant de tous les appelés, alors même que ceux-ci peuvent n'avoir pas du tout besoin de représentant ou en ont déjà un. Puisque cette disposition pèche contre la logique, ne vaut-il pas mieux interpréter celle de l'article 959 de manière à lui faire corriger, au moins au point de vue qui nous occupe, l'anomalie créée par l'article 945.

Du curateur aux biens vacants

40. L'article 686 C. C. dit que le curateur à une succession vacante administre les biens de la succession, en exerce et poursuit les droits et répond aux demandes portées contre elle. C'est donc un administrateur, et la loi lui confère tous les droits et actions nécessaires à son administration. Il a même été décidé par la cour supérieure, en 1867, qu'il peut intenter une action en recouvrement des dommages soufferts par la femme et

(1) *Benoit* v *Ouimet*, 7 M. L. R., C. S., p. 184, et 1 R. J. O., B. R. 421, 1892.

(2) V, pp. 80 et 81.

(3) A son cours.

les enfants du défunt par suite de l'accident qui a causé la mort [1].

Il administre aux lieu et place de la succession du défunt qu'il représente ; il ne peut donc pas demander en justice la nullité d'un acte fait par le défunt pour frauder ses créanciers qu'il ne représente pas. (Ainsi jugé par la cour d'appel, en 1883, dans la cause de *Lamarche & Pauzé* [2].) S'il a été nommé curateur à une succession par suite de la renonciation des légataires ou héritiers, il n'a que les droits que ceux-ci auraient eus. (Ainsi jugé par la cour de revision, à Montréal, dans la cause de *La Banque Ville-Marie* v *Rocher* [3].) Dans une cause de *Tessier* v *Tessier* [4], il a été jugé qu'un curateur à une succession vacante ne peut pas être poursuivi par un tiers auquel il aurait transporté sa créance contre la succession, le curateur ne pouvant se poursuivre lui-même, ou se faire poursuivre par son propre cessionnaire.

Du curateur aux biens des corporations éteintes.

41. Il résulte des articles 371 et 372 C. C. que ce curateur est dans la position de celui qui est nommé aux biens d'une succession vacante quant aux droits qu'il a d'agir en justice.

Des liquidateurs nommés à une société dissoute, en vertu de l'article 1896a C. C.

42. Ils sont saisis de plein droit de tout l'actif de la société pour les fins de la liquidation, ils possèdent les

(1) *Smith* v *La Corporation de Québec*, 17 L. C. R., 347.

(2) 3 D. C. A., p. 235.

(3) 1 M. L. R., S. C., 409.

(4) 2 L. C. R., 63.

pouvoirs et sont soumis aux obligations des séquestres judiciaires. Mais ce ne sont que des administrateurs, et s'ils peuvent poursuivre en justice le recouvrement des créances de la société dissoute en leur nom personnel et sans autorisation spéciale [1], ils ne peuvent pas intenter les actions qui ne sont pas strictement nécessaires ou inhérentes à l'administration; l'article en effet, exige alors le consentement de tous les associés, et, à défaut de ce consentement, l'approbation du juge, après avis préalable donné aux membres de la société. Notons ici une vieille décision des juges Day, Smith et Mondelet, qui ont jugé, en 1854, qu'un séquestre ne représente pas les parties en cause et n'a pas qualité pour reprendre l'instance pour elles. [2]

Du liquidateur nommé en vertu de la loi fédérale de la liquidation des compagnies

43. La section 31 du chapitre 129, des statuts revisés du Canada, dit que le liquidateur peut, avec l'approbation de la cour, agir en demandant ou en défendant, dans toute action, poursuite ou autre procédure en justice, soit au civil, soit au criminel, en son propre nom comme liquidateur, ou au nom de la compagnie, selon le cas. La section 29 règle que dans toute procédure ou opération relative à la compagnie, le liquidateur doit être désigné par la dénomination " liquidateur de (*nom de la compagnie*)" et non point par son nom personnel seulement.

En vertu de la loi 52 Victoria, ch. 32, s. 12, votée en

(1) Jugement de M. le juge Mathieu, en 1899, *Gagnon* v *Robert*, 5 R. L. n. s., 361, confirmé par la cour d'appel en 1900, 10 R. J. O., B. R. 237.

(2) *The Corporation of Portuguese Jews* v *David & Holmes*, 2 R. J. R., 362.

1889, la cour peut donner au liquidateur, par une seule ordonnance, l'autorisation d'exercer tous les pouvoirs que lui donne l'acte des liquidations, sans une nouvelle intervention spéciale du juge, qui peut d'ailleurs restreindre ces mêmes pouvoirs.

Voyons comment nos tribunaux ont interprété ces dispositions.

En 1887, par conséquent avant la loi 52 Victoria, ch. 32, M. le juge Jetté, avait décidé qu'aucune procédure ne peut être commencée ou continuée sans permission spéciale, et qu'une cause prise en délibéré, dans de telles circonstances, sans que l'ordre préalable apparaisse au dossier, peut être mise hors du délibéré à la demande de l'une des parties. [1]

En 1890, M le juge Taschereau, a décidé que le liquidateur d'une compagnie incorporée ne peut intervenir dans une cause, en son nom personnel, mais que les procédures doivent être faites au nom de la compagnie en liquidation. [2]

En 1891, la cour de revision à Québec, (Casault J. en Chef, et Routhier J., Andrews J., *dissidens*), a jugé, sur une intervention du liquidateur, demandant de retirer un dépôt fait par la défenderesse insolvable, que le liquidateur peut exercer les recours en justice de la compagnie en son propre nom en y ajoutant le qualificatif "liquidateur de ladite compagnie," et qu'une telle demande n'a pas besoin d'être faite au nom de la compagnie. [3] En 1892, M. le juge Mathieu a décidé que

(1) *Molleur* v *La Cie de Pulpe de St-Laurent*, 3 M. L. R., C. S., 273.

(2) *Banque d'Hochelaga* v *La Banque des Cantons de l'Est*, 20 R. L., 99.

(3) *Samson* v *The Manicouagan Fish & Oil Co. & Gagnon*, 17 Q. L. R., 65.

le liquidateur d'une compagnie doit être spécialement autorisé à poursuivre une réclamation de cette compagnie, et qu'une autorisation générale de poursuivre le recouvrement de l'actif de cette compagnie ne suffit pas. [1] En 1894, M. le juge Taschereau a décidé que le liquidateur d'une compagnie en liquidation ne peut intenter des procédures contre les débiteurs de cette compagnie qu'avec l'autorisation préalable de la cour, et qu'il ne suffit pas de demander cette autorisation dans la procédure même adoptée par lui contre des débiteurs de la compagnie. Le fait qu'une compagnie a été mise en liquidation ne donne pas lieu à une reprise d'instance par le liquidateur dans les actions pendantes au nom de la compagnie, cette dernière conservant son état de corporation et pouvant ester en justice sous son nom corporatif. [2] Cette décision a été confirmée par la cour d'appel. En 1895, dans une cause de *Duff & Barbeau*, la cour d'appel a décidé qu'une compagnie en liquidation peut et doit ester en justice en son nom corporatif ; que le liquidateur n'est qu'un officier de la cour chargé de la liquidation et des autres fonctions que la loi lui attribue aux lieu et place des directeurs et des officiers dont les pouvoirs ont pris fin ; que partant il ne peut exercer les actions de la compagnie dont il a la liquidation. Cependant, en 1896, la même cour d'appel, dans une cause de *Kent & Blandy*, [3] a jugé que le liquidateur d'une compagnie insolvable représente les créanciers de cette compagnie pour les actions qui appartiennent aux créanciers eux-mêmes. Partant l'action qui demande la nullité du paiement fait par elle à un créancier qui connaissait l'état d'insolvabilité de cette compagnie, étant de la nature d'une action paulienne, peut être

(1) *Freygang* v *Daveluy*, 2 R. J. O., C. S., 505.

(2) *Ross* v *Perras*, 5 R. J. O., C. S,, 470.

(3) 6 R. J. O., B. R., 196.

intentée par le liquidateur. M. le juge en chef Lacoste, en rendant ce jugement, a dit : " L'action étant en nullité d'un paiement fait en fraude des droits des créanciers doit être poursuivie pour le bénéfice des créanciers dont l'intérêt peut être contraire à celui de la compagnie. C'est un de ces cas où l'action peut être prise au nom du liquidateur comme représentant les créanciers, et c'est ce que dit la section 72 de l'Acte des Liquidations, " le montant peut être recouvré par le liquidateur, etc." Déjà le conseil privé, dans la cause de *Porteous & Reynor* [1], a décidé, dans une cause analogue, que le liquidateur représente les créanciers."

En 1901, M. le juge Pagnuelo a décidé que le liquidateur d'une banque en liquidation n'a pas qualité pour poursuivre l'un des débiteurs de cette banque, sur un billet devenu dû avant la mise en liquidation, mais que l'action doit être portée au nom de la banque. [2] Ce jugement a été confirmé par la cour d'appel.

En 1897, M. le juge Mathieu a décidé que l'autorisation du juge doit être donnée au curateur avant que celui-ci n'ait commencé à poursuivre et qu'une autorisation subséquente à l'institution de l'action n'a pas pour effet d'empêcher celle-ci d'être renvoyée sur exception à la forme. [3]

En 1901, M. le juge Andrews a décidé qu'on ne peut poursuivre le liquidateur sans une permission du tribunal. [4]

44. Les pouvoirs du liquidateur sont plus étendus

(1) Beauchamp, P. C. Digest, p. 54.

(2) *Kent* v *Communauté des Sœurs de Charité*, 19 R. J. O., C.S., 556.

(3) *Common* v *McCaskill*, 3 R. L., N. S., 463.

(4) *Robillard* v *Blanchet*, 19 R. J. O., C. S., 383.

que ceux d'un curateur à une cession de biens. Celui-ci, pour agir en justice, a besoin non seulement de l'autorisation du juge, mais encore de l'avis des créanciers ou des inspecteurs, tandis que le liquidateur n'est pas obligé de consulter les créanciers de la compagnie avant de demander l'autorisation de consentir même une transaction. C'est une matière de discrétion pour le juge. [1]

Du curateur aux cessions de biens

1°—*Cessions judiciaires.*

45. Ce curateur est l'administrateur des biens décrits au bilan. [2]

L'article 877 C. P. dit qu'il peut, avec la permission du juge sur avis des créanciers ou des inspecteurs, exercer toutes les actions du débiteur et toutes les actions appartenant à la masse des créanciers.

Bien qu'il puisse recouvrer de l'insolvable les biens qu'il n'a pas cédés ou qu'il a soustraits, il ne peut pas exercer cependant contre le débiteur les actions qui appartiennent individuellement à chacun des créanciers (art. 931 C. P.), pour la balance de leur créance contre le débiteur, déduction faite du montant payé par le produit des biens cédés. [3]

Il représente donc, tantôt l'insolvable, tantôt ses créanciers. Mais soumis à la juridiction sommaire du juge (875 C. P.), il ne peut agir en justice à leur place

(1) Voir dans ce sens un jugement de la cour d'appel (Lacoste J. C., Blanchet, Hall, Wurtele & Langelier, juge assistant), rendu en 1898 dans une cause de *Morin & Bilodeau*, 8 R. J. O., B. R., 330.

(2) Art. 870 C. P. ; *Dombrowski* v *Lefaivre*, 14 R. J. O., C. S., 462, Andrews J., 1898

(3) Desmarteau v Viau, 4 R. de P., 282, 1902, Mathieu J.

sans l'autorisation judiciaire. Et cette permission, le juge ne peut l'accorder qu'après avoir pris l'avis des créanciers ou des inspecteurs.

Sans cette permission, son pouvoir fait défaut et il n'est pas le mandataire autorisé du débiteur ou des créanciers, de manière à rendre la masse responsable des frais et des conséquences de l'action. [1] Les termes clairs de ces articles ne peuvent guère soulever de difficultés. " The Curator appointed to an insolvent estate has no right to sue for the recovery of a debt due to the insolvent without the authorization of the creditors, or of the inspectors or of the Judge. Such want of authority may be pleaded by *exception à la forme.* [2]

Il ne faut pourtant pas conclure que le curateur ne peut jamais agir en justice sans la permission du juge. Il se présente des cas où, en définitive, il est obligé d'exercer des droits qui, tout en lui venant de sa curatelle, n'appartiennent ni à l'insolvable, ni aux créanciers. Par exemple, si, alors qu'il est en possession des biens cédés, un créancier les fait saisir-exécuter et veut ainsi l'empêcher de continuer son administration et l'en déposséder, il a le droit de former opposition sans la formalité préalable de l'autorisation du juge. [3] De même en 1888, la cour de revision (Johnson, Jetté & Gill JJ.) avait jugé que le curateur à une cession de biens n'a pas besoin de l'autorisation du tribunal pour saisir-revendiquer contre un gardien judiciaire nommé avant la cession et contre les demandeurs dans la cause où ce

(1) Jugement de M. le juge Lemieux en 1898, *Gagnon* v *Proulx*, 1 R. de P., p. 153.

(2) *Kent* v *Gravel*, 1891, Pagnuelo J., 7 M. L. R., S. C., 159.

(3) *Paquette* v *Dish & Paquette*, 3 R. de P., 480, 1901, Doherty J.

gardien avait été nommé, les effets saisis appartenant au débiteur insolvable. [1] On a aussi décidé, en 1897, que le curateur peut sans l'autorisation préalable des créanciers demander de se faire envoyer en possession des biens non cédés par le failli et exercer pour cette fin l'action en revendication dans l'intérêt de la masse, et que l'autorisation requise par l'article 772 de l'ancien code de procédure (identique à l'article 877 du nouveau) s'applique aux poursuites en recouvrement et aux autres actions appartenant au débiteur [2].

Quant aux procédures faites par le curateur sans autorisation, dans les cas où elle est requise, M. le juge Mathieu a décidé, en 1898, "qu'elles ne sont pas absolument nulles et que le curateur peut se faire autoriser après que le défendeur aura pris avantage de ce défaut : alors évidemment le curateur paiera les frais de l'exception du défendeur". [3]

Il est à remarquer que l'autorisation du juge ne suffit pas. Il faut en outre l'avis des créanciers ou des inspecteurs, et l'on a décidé que le curateur qui poursuit sans cet avis, même avec l'autorisation du juge, se rend personnellement responsable des frais. [4]

Quant au cas où le curateur doit avoir non seulement l'avis des inspecteurs mais celui des créanciers, il est étudié dans une cause de *Morin* v *La Banque Jacques-Cartier.* [5]

Ajoutons que la permission du juge doit s'interpréter

(1) *Kent* v *Ross*, 16 R. L., 209.

(2) *Ross* v *Lewis*, 11 R. J. O., C. S., 33, Loranger J.

(3) *Gagnon* v *Beauchamp & Filiatreault*, 4 R. L., n. s., 152.

(4) *Poirier* v *Fulton*, 4 R. J. O., C. S., 479.

(5) 2 Rev. de Jur., 74, Tellier J., 1893.

rigoureusement, c'est-à-dire que son effet s'appliquera exclusivement à l'acte de procédure permis. Les pouvoirs du curateur, même ceux qui concernent l'administration des biens, sont restreints par cet article 875 C. P. qui impose implicitement au curateur l'obligation de ne faire aucun acte important en dehors de la surveillance du juge. Il faut en conclure que la permission d'exercer toutes les actions du débiteur et toutes les actions appartenant à la masse des créanciers (art. 877 C. P.) doit s'entendre d'une permission spéciale pour chaque action. Elle doit être obtenue aussi bien pour la défense que pour la demande.

Enfin la nécessité de l'autorisation d'ester en justice renaît dès que le jugement a été rendu en première instance sur la procédure permise; pour pouvoir procéder en appel et même en revision, le curateur est tenu de consulter les créanciers ou les inspecteurs et d'obtenir du juge une autorisation spéciale.

Notons ici une décision récente de la cour de revision à Montréal, où l'on a jugé qu'un gardien provisoire n'a pas le droit d'appeler d'un jugement rejetant une requête par lui faite sans avoir obtenu l'autorisation du juge à cet effet et que son inscription en revision sans autorisation doit être rejetée. [1]

46. Quel est le juge qui peut donner au curateur la permission de plaider ?

Cette question a été soulevée dans une cause récente, [2] décidée par M. le juge Andrews, en 1898. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une cession de biens faite dans le district de Montréal, où le curateur avait été nommé. Celui-ci, pour revendiquer des marchandises appartenant

(1) *Dowker* v *Lynn*, 3 R. de P., 260.

(2) *Hains* v *Vineberg*, 15 R. J. O., C. S., 1.

à l'insolvable, se fit autoriser à poursuivre, d'après l'avis de deux inspecteurs sur trois, par un juge du district de Québec, où demeurait le défendeur et où l'action était intentée. Sur inscription en droit, il a été jugé que " the power to grant a curator leave to bring a suit is only given to the judge or judges sitting in the district in which the judicial cession has been made, whatever is the district wherein the curator institutes his action ". Nous ajoutons ces considérations du savant juge: " It is to be remembered that granting to a curator leave to begin a law suit is not a mere matter of routine formality. It is plainly the intention of the law that the judge should protect the estate from improper, unduly hazardous or useless litigation. It is also plain that it is the judge of the district in which the cession is filed, who is best situated properly to fulfil his duty in that respect. It is he who has ready access to all the papers connected with the administration of the estate and its affairs generally. It is he who can verify whether the authorization said to have been given to the curator by the creditors or the inspectors, has been validly and regularly given or not."

L'autorisation, dans l'espèce, a été trouvée irrégulière et l'action renvoyée, avec dépens contre le curateur personnellement.

Quant à la manière dont doit se donner l'avis des créanciers ou des inspecteurs, l'article 877 paraît exiger la majorité, soit des créanciers soit des inspecteurs. On ne peut savoir quelle est l'opinion de la majorité des créanciers sans qu'ils soient convoqués en assemblée régulière et admis à l'exprimer, après discussion. De même, si l'on n'a pas le consentement de tous les inspecteurs, il faudra les convoquer en assemblée, et alors seulement l'opinion de la majorité pourra être

adoptée. C'est la doctrine énoncée incidemment par M. le juge Andrews, dans cette même cause de *Hains* v *Vineberg.*

Dans la cause de *Plamondon* v *Lemieux & Ellis* [1] M. le juge Andrews a décidé : " The powers of the curator and inspectors are those, and none other than those, given them by the Code of Procedure. They have no power to engage in litigation, even to collect debts due to the estate or to recover property belonging to it, except by permission of the judge first duly obtained.

2°—*Cessions volontaires*

47. Nous venons de parler du curateur nommé aux biens cédés sur une demande de cession régulièrement faite en justice. Mais le cas se présente fréquemment d'un commerçant qui cède extrajudiciairement, du consentement de ses créanciers et pour leur bénéfice, ses biens à un tiers. Ce cessionnaire administre les biens cédés en vertu de la procuration que lui ont donnée et les créanciers et le débiteur. Il est leur procureur. Peut-il les représenter en justice ? Peut-il exercer les actions du débiteur et celles des créanciers, comme peut le faire le curateur à une cession judiciaire ? Répondre oui, c'est créer une exception à la défense formelle de l'article 81, et il n'y a pas de texte qui autorise une pareille dérogation. Aussi nos tribunaux ont-ils toujours refusé ce droit au curateur à une cession volontaire.

En 1861, le juge Monk, dans une cause de *Chevalt* v *De Chantal & Thomas* [2] a décidé : An appointment of

(1) 3 R. J. O., C. S., 377, 1898.

(2) 8 L. C. J., 85.

assignees is a *mandat*, and on the principle " Nul ne plaide par procureur ", the assignees or mandatories cannot sue or maintain an opposition.

La même année, le juge Badgley a décidé que les syndics ou cessionnaires en vertu d'une cession volontaire faite par un débiteur insolvable, pour le bénéfice de ses créanciers, n'ont pas de capacité légale pour comparaître et intervenir dans la cause [1].

En 1879, la cour suprême (Ritchie, Strong, Fournier, Henry & Taschereau JJ.) a jugé : That the fact of Appellants having alleged themselves in their declaration to be the " duly named trustees of S.'s creditors," did not give them the right to bring the present action for S.'s creditors, the action, if any, belonging to the individual creditors of S., under Article 19 C. C. P. (Article 81 du nouveau code) [2].

Même décision de la même cour, en 1884, dans la cause de *Burland* v *Moffatt* [3].

En 1885, le juge Mousseau, dans la cause de *May* v *Fournier & Daveluy*, [4] a décidé que le cessionnaire agissant ès qualité de syndic, dans l'intérêt de la masse, n'a pas, depuis l'abolition de la loi de faillite, de *status* personnel devant cette cour, pour réclamer au nom des créanciers.

La même année (1885), la cour de revision (Johnson, Torrance & Loranger JJ.), confirmant Doherty J., a jugé : That an opposition to the seizure of the effects of an insolvent debtor filed by a trustee or assignee under

(1) *Whitney* v *Bordeaux & Chaput*, 12 R. L., 518.

(2) *Brown* v *Pinsonnault*, 3 S. C. R., 102.

(3) 11 S. C. R., 76.

(4) 29 L. C. J., 190.

a voluntary assignment by said debtor, even though it alleges the acquiescence of the plaintiff therein, will be dismissed on demurrer, on the ground that the opposant has no standing and shows no right or title to the said property, being only the *mandataire* of the creditors [1].

Cependant le conseil privé, dans une cause de *Porteous & Reynor*, [2] a, en 1887, changé cette jurisprudence et jugé " That an assignee under a voluntary deed of assignment by a debtor for the benefit of his creditors can, as such assignee, sue and be sued in respect of the estate and property assigned to him. Article 19 C. P. C. (*81 du nouveau code*) is applicable to mere agents or mandatories who are authorized to act for others and who have no interest or estate in the subject of the trust; but is not applicable to trustees in whom the subject of the trust has been vested in property and in possession for the benefit of third parties, and who have duties to perform in the protection or realization of that estate. "

De l'héritier bénéficiaire

49. C'est, aux termes de l'article 672 C. C., l'administrateur des biens de la succession. Il peut poursuivre [3] et il peut être poursuivi [4] directement en cette qualité. L'article 347 C. C. et l'article 1338 C. P., qui parlent du curateur à une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, veulent sans doute désigner l'héritier bénéficiaire lui-même.

(1) *Dougall* v *Brun*, 30 L. C. J., 24.

(2) 11 L. N., 9.

(3) *Ogden* v *Dawson*, 13 R. L., 448, cour d'appel.

(4) *Corse* v *Drummond* 24 L. C. J., 254, Jetté J. et *Trudel* v *Letendre*, 15 R. L. 179, Bourgeois J.

De l'exécuteur testamentaire

50. L'article 919 C. C. définit les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire. C'est un administrateur, il peut être poursuivi pour ce qui tombe dans les devoirs de sa charge, et il peut poursuivre le recouvrement des créances de la succession. L'article 918 dit qu'il est saisi des biens meubles de la succession et peut en revendiquer la possession même contre l'héritier ou le légataire. Il découle des termes de ces articles que l'exécuteur ne peut pas poursuivre le recouvrement d'un capital immobilier. Et il a été décidé qu'il n'a pas qualité pour reprendre l'instance dans une cause qui se rapporte à un immeuble [1] et qu'il n'a pas le droit de se porter partie intervenante dans une action pétitoire [2].

Le droit de poursuivre lui a été reconnu dans une cause de *Johnson* v *Aylmer* [3], où l'on a décidé qu'il a seul le pouvoir de soutenir en justice les droits de la succession et où l'on a refusé ce droit à l'usufruitier institué par le testament ; et dans une cause de *Lapointe* v *Gibb* [4], jugée en 1876, où l'on paraît avoir jugé que l'exécuteur peut porter toutes les actions qui compètent à la succession, même celles qui auraient dû être portées au nom des héritiers. Il peut même appeler du jugement rendu contre lui sans être tenu d'obtenir le consentement des héritiers [5]. Sur poursuite par l'exécuteur testamentaire, le défendeur a droit d'opposer les exceptions et défenses qu'il aurait pu faire valoir à

(1) *Hamilton* v *Plenderleath*, 2 R. de L., 1.

(2) *Ball* v *Lambe*, M. C. R., 44.

(3) 1 L. C. L. J., 67, C. R. 1865.

(4) DeBellefeuille, sous l'article 919.

(5) Jugement de la cour d'appel, *Hudon & Hudon*, 5 R. J. O., B.R., 457.

l'encontre des légataires eux-mêmes [1]. Enfin, en 1900, M. le juge Mathieu a décidé que l'exécuteur a qualité pour poursuivre en recouvrement d'une créance qui lui lui a été transportée en cette qualité [2].

Quant à l'action passive, on l'accordait avant le code dans le cas où le testateur avait imposé à l'exécuteur l'obligation de payer ses dettes. On exigeait que le demandeur mît en cause l'héritier. Les termes formels de l'article 919 ont fait changer la jurisprudence. La cour d'appel a décidé qu'il peut être poursuivi seul pour le recouvrement de dettes mobilières de la succession, mais que son devoir est alors de dénoncer la poursuite à l'héritier, s'il y a doute, afin que celui-ci puisse l'admettre ou la rejeter [3].

L'article 919 dit encore que s'il y a contestation sur la validité du testament, il peut se rendre partie pour la soutenir. Seulement, il faut remarquer qu'il ne représente pas la succession et que par conséquent l'action en nullité doit être dirigée contre l'héritier. Le droit de l'exécuteur et sa capacité se bornent à intervenir dans l'instance [4].

51. S'il y a deux exécuteurs testamentaires, ils ne peuvent pas agir en justice séparément, c'est-à-dire qu'un seul ne peut pas agir au nom de la succession [5]. C'est ainsi que la cour d'appel, en 1896, a décidé que la demande doit être dirigée contre les deux conjointement et non pas contre un seul même avec le consentement

(1) *Gray* v *Quebec Bank*, 5 Q. L.R., 92.

(2) *Francis* v *Rhine*, 3 R. de P., 320.

(3) *DeLéry & Campbell*, 16 L. C. R., 54.

(4) *Poitras* v *Drolet*, 12 R. J. O.; C. S., 461.

(5) *Clément* v *Geer*, 4 L. C. R., 103, 1854, et *Pettis* v *Drummond*, 4 R. J. R. Q., 100.

extrajudiciaire de l'autre [1]. D'autre part, sans violer cette règle, la même cour a décidé, en 1900, qu'un des exécuteurs testamentaires n'étant pas tenu de faire un acte qu'il n'approuve pas, il peut, quand on veut l'y forcer, se défendre seul, mais alors il n'agit pas au nom de la succession [2].

52. Il y a évidemment bien d'autres mandataires légaux qui peuvent plaider en la qualité que leur confère la loi. On peut leur appliquer les règles d'interprétation que nous venons d'exposer, dans l'examen de l'étendue de ce pouvoir. Il faut, en se demandant si un mandataire légal a le droit d'ester en justice, ne pas chercher la réponse ailleurs que dans le statut même qui définit ses pouvoirs. C'est ici surtout que le raisonnement par analogie n'est pas un guide sûr.

53. Comment doit être invoqué le défaut de qualité ?

La cour d'appel a jugé : That the quality assumed by the plaintiff in the writ and declaration is considered admitted, unless it be specially denied by the defendant. A defense *au fond en faits* is not a special denial, within the meaning of article 144 C. C. P. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un tuteur qui poursuivait en cette qualité sans produire le certificat de baptême de son pupille [3].

Le défaut de qualité doit être invoqué par exception à la forme et non par défense en droit (article 174 C. P.) [4]. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un shérif qui pour-

(1) *Davidson & Crean*, 6 R. J. O., B. R., 34.

(2) *Desjardins & Masson*, 6 Rev. de Jur., 481.

(3) *Powers & Martindale*, 1 R. J. O., B. R., 144

(4) *Thibaudeau* v *City of St. Henri*, 11 R. J. O., C. S., 532, Gill J., 1897 ; en sens contraire, *Robitaille* v *Sauvé*, 4 R. J. O., C. S., 125.

suivait en recouvrement de montants dus au fonds des bâtisses et des jurés.

M. le juge Langelier a même décidé qu'un exécuteur testamentaire qui poursuit en cette qualité, n'est pas tenu de produire les pièces établissant sa qualité si elle n'est pas niée spécialement [1].

CHAPITRE QUATRIÈME

DU DROIT DE PLAIDER DES CORPORATIONS

54. Les corporations peuvent être définies : Des êtres intellectuels, composés d'un ou de plusieurs individus, ayant une personnalité et un nom indépendants de l'existence de ces individus, et auxquels la loi reconnaît certains droits et impose certaines obligations.

L'article 358 C. C. accorde expressément aux corporations le droit de plaider. Mais il est important de remarquer que ce droit appartient seulement aux corporations légalement constituées.

Les sociétés commerciales ou civiles, qu'on peut aussi considérer comme des êtres moraux ayant une existence et un nom propres, n'ont pas ce pouvoir. Elles ne plaident pas par elles-mêmes, ce sont leurs membres qui agissent. Tel est aussi le cas des associations et clubs non constitués en corporations. Les membres d'une association ne formant pas un corps légal distinct, l'association n'a pas d'existence propre reconnue par la loi. Elle ne peut rien posséder, ni aucunement s'engager.

(1) *Leclaire* v *Huot*, 3 R. de P., 389.

Droits et obligations appartiennent uniquement aux membres.

Dans une cause de *Richard* v *La Société de Secours mutuels de St-Grégoire* [1], M. le juge Bourgeois a décidé que les associations volontaires ne peuvent ester en jugement en leur nom corporatif.

" No association of persons, dit Abbott, [2] can appear in court as a corporation unless organized as such in accordance with the law ; unless so organized, it can only sue in the individual names of its members. "

Que si une association non constituée légalement en corporation, poursuit ou est poursuivie, son incapacité peut être invoquée non seulement par la partie adverse ou par elle-même, mais par le juge *proprio motu.* Et M. le juge Bourgeois, dans la cause déjà citée, a pu dire " qu'il est du devoir de tout tribunal, avant de prononcer une condamnation civile, de s'assurer si la partie défenderesse est une personne ou corporation capable d'ester en justice et de se défendre, et de refuser la demande s'il est trouvé que telle partie est incapable d'ester en justice. C'est la doctrine rapportée par Grant [3]. " It is an absolute duty of courts of justice not to permit persons not incorporated to affect to treat themselves as a corporation in the record ".

Ceux qui ont seulement la capacité de poursuivre comme associés, ne peuvent le faire comme corporation.

(1) 1 R. de L., 291.

(2) Digest Law of Corporations, au mot *Suit.*

(3) On Corporations.

Section I

Du droit lui-même

55. La capacité des corporations d'ester en justice est la règle. Déclarées expressément par la loi personnes civiles, elles doivent pouvoir exiger la sanction des droits dont elles sont susceptibles. C'est d'ailleurs l'un de ces droits qui leur sont nécessaires, aux termes de l'article 358 C. C., pour atteindre le but de leur destination. Mais il résulte de leur nature même, qu'elles sont frappées, si on les compare avec les personnes physiques, d'incapacités spéciales, soit absolues soit relatives, d'acquérir et d'exercer certains droits ; et il ne serait par conséquent pas vrai de dire qu'elles sont, ici, absolument dans la position des individus.

Le droit de plaider est une conséquence nécessaire de l'exercice des autres droits. Pour savoir donc jusqu'où va le droit de plaider d'une corporation, il faut se demander de quels droits elle est capable en général, et à quelles obligations elle peut être sujette. Or une corporation peut acquérir, aliéner et posséder des biens, contracter, s'obliger et obliger les autres envers elle (Art. 358 C. C.). C'est-à-dire, qu'il n'y a plus à considérer que les cas d'exception où un texte formel, soit de droit général, soit de la loi qui les a créées, les distingue des personnes physiques et limite leurs pouvoirs.

L'article 365 C. C. dit que les corporations ne peuvent ni poursuivre ni être poursuivies pour assaut, batterie, ni autres voies de fait qui se commettent sur la personne. Cette incapacité est donnée comme résultant de

la nature même des corporations. Une pareille disposition de la loi doit paraître superflue. Les corporations n'étant que des êtres moraux, dont l'existence est uniquement civile, fictive, c'est confondre les corporations avec leurs membres que de les priver d'un recours dont elles ne peuvent pas avoir besoin. De même, quand l'article dit que "les corporations ne peuvent être assignées personnellement ni comparaître en justice autrement que par procureur", il énonce cette vérité inutile qu'elles n'ont pas de corps pour se présenter devant le tribunal, mais il renferme aussi une erreur. En effet les corporations ne plaident pas par procureur.

56. On pourrait croire, en considérant la nature fictive des corporations, qu'elles ont besoin pour plaider, d'avoir toujours un intérêt pécuniaire à le faire, que l'intérêt moral ne suffit pas. Cependant il a été jugé, dans la cause de l'*Institut Canadien* v *Le Nouveau Monde*, [1] qu'une corporation peut en poursuivre une autre pour cause de diffamation. Et dans la cause de *Brown* v *Corporation de Montréal*, [2] on a jugé qu'une action pour libelle peut être intentée contre une corporation municipale. Dans leurs rapports avec les citoyens, les corporations sont régies par le droit civil.

De même M. le juge Langelier, en 1899, a décidé qu'une corporation, comme les individus, peut porter une plainte en vertu de l'article 987 C. P., contre celui qui usurpe une charge publique [3].

(1) 17 L. C. J., 296.

(2) 17 L. C. J., 46.

(3) *La Caisse générale* v *Dupuis*, 2 R. de P., 330.

Section II

De l'exercice du droit

57. Nom corporatif.— L'article 357 C. C. dit : Toute corporation a un nom propre qui lui est donné lors de sa création ou qui a été reconnu ou approuvé depuis par une autorité compétente.... C'est sous ce nom qu'elle est désignée et connue, qu'elle agit et que l'on agit contre elle et qu'elle fait tous ses actes et exerce tous les droits qui lui appartiennent.

L'article 81 C. P. ajoute : Les corporations plaident en leur nom corporatif.

Il suit de là non seulement qu'elles ne peuvent pas plus que les individus plaider avec le nom d'autrui mais encore, qu'elles doivent, comme nous l'avons vu déjà, avoir reçu de la loi qui les a créées, un nom, c'est-à-dire une reconnaissance de personnalité civile.

Ces dispositions formelles s'appliquent à toutes les corporations, qu'elles aient un caractère public ou un caractère privé. Il faut même dire que pour l'exercice du droit de plaider l'erreur dans le nom de la corporation est plus grave que pour l'exécution des autres actes civils.

" The requirement of a strict conformity with the legal provision for a name, dit Tiedeman [1], is more strictly enforced, and the necessity for it is greater, in the case of suits, than when the name is employed in grants to or contracts with the corporation. A misnomer of a substantial character in the pleadings would

(1) On Municipal Corporations, § 50.

be the subject for demurrer ; but in these days, the opportunity for frequent amendments of the pleadings would deprive the misnomer in a suit of its important consequence. But a misnomer in a suit is fatal to the suit, as long as it is not corrected."

Il est difficile de dire que pour les corporations en général, une erreur dans le nom sous lequel elles plaident puisse être corrigée par un amendement. Il est bien vrai que le nouveau code de procédure donne sur ce sujet une très ample latitude. Mais le nom d'une corporation, c'est en quelque sorte sa personnalité. Si on emploie pour la désigner un nom qui n'est pas exactement le sien, on ne la désigne plus. Il en est de même si, au nom corporatif, on substitue celui d'officiers qui sont supposés la représenter. Dans un cas, la corpora-elle-même n'est pas en cause ; dans l'autre, elle se trouve à plaider par procureur. Or l'empêchement est formel dans les deux cas.

58. Peut-on au moins soutenir que la corporation en cause est suffisamment décrite par son nom vulgaire, si ce nom n'est pas exactement le sien ? Nous ne le croyons pas. La section 36, § 17, S. R. Q. dit bien " que le nom donné communément à une corporation... désigne et signifie... la corporation... ainsi dénommée, sans qu'il soit besoin de plus ample description ". Mais cette disposition générale qui doit s'appliquer à l'exécution des actes civils ordinaires, doit être écartée, suivant nous, lorsque la disposition exceptionnelle de l'article 81 C. P., quant aux actes judiciaires, peut recevoir son application. La description qui n'est pas conforme absolument au nom légal d'une corporation, entraîne donc une nullité absolue. C'est pour cette raison que même les dispositions des articles 15 et 16 du code municipal ne peuvent avoir pour effet de per-

mettre à une corporation municipale de plaider sous un autre nom que le sien propre. Nos tribunaux ont décidé dans ce sens.

59. En 1873, le juge Johnson a décidé que des commissaires d'écoles ne peuvent ester en jugement que sous le nom collectif qu'ils ont comme corporation [1]. Même décision du même juge en 1875 [2]. La même année, le juge DeMontigny a décidé qu'une corporation ne peut ester en jugement que sous le nom que lui donne la loi. " Poursuivre sous un autre nom est une nullité absolue fondée sur l'intérêt public, auquel les parties ne peuvent porter atteinte, en renonçant à la proposer. Une telle action doit être déboutée, même sans plaidoyer à la forme, mais sans frais, la cour ne pouvant en accorder que contre la partie succombante, qui, dans l'espèce, n'existe pas [3]." En 1862, le juge Berthelot avait décidé dans le même sens quant au droit de plaider des fabriques [4]. En 1878, le juge Papineau a également décidé qu'une fabrique ne peut plaider qu'avec son nom corporatif [5].

Les arrêts suivants règlent le cas où la corporation plaide au nom d'un tiers.

La cour du banc du roi, en 1816, a jugé que la supérieure de l'Hôtel-Dieu ne pouvait poursuivre en son nom seulement, pour les intérêts de la communauté [6]. En 1859, le juge Smith a décidé " That a corporation

(1) *Gagnon* v *Commissaires d'écoles de St-Janvier*, 5 R. L., 474.

(2) *Barette* v *Commissaires d'écoles de St-Colomban*, 7 R. L., 185.

(3) *La Corporation de Ste-Marguerite* v *Migneron*, 29 L. C. J., 227.

(4) *Ex parte* Lefort, 6 R. J. O., C. S., 230.

(5) *Les marguilliers de la Fabrique Saint-Nom-de-Jésus* v *Beaulieu*, 8 R. L., 744.

(6) *L'Hôtel-Dieu* v *Dénéchaud*, 2 Rev. de Lég., 276.

must sue in its own name and be itself before the court; and an action in which it purports to be represented by its executive will be dismissed [1]." En 1896, M le juge Pelletier, dans la cause de Garant v Proulx [2], a décidé : " Un inspecteur de voirie peut poursuivre en son nom personnel pour le coût des travaux par lui faits sur les chemins municipaux, tel que réglé par les articles 397 et 398 du code municipal ; mais cette action prise en son nom lui est personnelle. Nonobstant les articles 199, 200 et 401 C. M., la corporation ne peut en ces matières poursuivre au nom de son inspecteur si celui-ci refuse de prêter son nom ; dans ce cas la corporation doit poursuivre en son propre nom et ne peut se servir du nom de son inspecteur ."

La jurisprudence applique donc aux corporations la règle que nul ne plaide par procureur. Cette doctrine nous paraît être la seule acceptable.

60. Autorisation préalable.—Quand des personnes physiques poursuivent ou sont citées en justice, leur seule présence est une expression suffisante de leur consentement au combat judiciaire. Il n'en est pas ainsi des personnes civiles. Quand une corporation veut faire un acte judiciaire ou extrajudiciaire, l'expression de sa volonté doit être formelle et conforme au mode prescrit par la loi qui l'a créée. Ce consentement légal se manifeste ordinairement au moyen d'une résolution adoptée par le conseil administratif de la corporation.

Avant de plaider donc, soit en demandant soit en défendant, les corporations en général sont tenues d'ob-

(1) *La corporation de la paroisse de Jérusalem* v *Quinn*, 3 L. C. J., 234.

(2) 2 Rev. de Jur., 168.

tenir de leur bureau de direction, l'autorisation de le faire. Sans cette autorisation, l'acte de procédure fait en leur nom n'est pas accepté comme l'acte de ces corporations, il est frappé de nullité. Ce serait nous écarter de notre sujet que d'étudier le cas particulier des diverses corporations, et d'examiner dans les détails la forme et l'étendue de cette autorisation et les pouvoirs plus ou moins restreints du bureau qui la donne. Il suffira de rapporter quelques arrêts sur la matière.

En 1851, dans une cause de *Le curé et les marguilliers de la paroisse de Verchères* v *La Corporation de Verchères* [1], le conseil privé a jugé : " In all questions of importance affecting the parish, the *curé* and the *marguilliers* must consult, and before acting get the authorization of the parishioners convocated in a public meeting called *assemblée de paroisse* : and to institute actions or any legal proceedings, the *marguilliers* must be authorized by a general meeting of the parishioners, unless there is a well established custom or usage to the contrary." En 1885, la cour d'appel (Dorion *diss.*, Ramsay, Tessier, Cross et Baby JJ.), dans la cause de *Les curés*, etc., *de Ste-Anne de Varennes & Choquette* [2], a jugé : " Le bureau ordinaire d'une fabrique peut autoriser des poursuites pour le recouvrement des revenus ordinaires de la fabrique et pour l'obtention d'un titre nouvel.—Cette autorisation n'a pas besoin d'être spéciale ; une autorisation générale de prendre des procédés légaux contre ceux qui sont endettés envers la fabrique, sans spécifier le nom de chaque débiteur, est suffisante. Le défaut d'autorisation pour appeler dans une action de ce genre, ne peut pas être invoqué pour la première fois à l'audition de la

(1) VII Moore, 318.

(2) 1 M. L. R., Q. B., 333.

cause en appel, quand il n'a pas été invoqué dans le cours de la procédure et que les procureurs de l'appelant n'ont pas été mis en demeure de produire leur autorisation." Dans cette cause M. le juge Ramsay, en rendant le jugement de la majorité a exprimé l'opinion que l'appel en telles matières devrait être autorisé d'une manière tout aussi formelle que l'action en première instance et que le bureau ordinaire de la fabrique peut donner l'autorisation requise pour cet appel. Voici l'opinion du juge en chef Dorion : " D'après Rolland de Villargues et les auteurs qu'il cite, il me paraît établi que l'autorisation doit être spéciale et ne peut être étendue à des procès différents ou ultérieurs, mais seulement à ceux qui sont mentionnés et compris dans l'autorisation. Le défaut d'autorisation peut être invoqué sans avoir été plaidé." En 1892, M. le juge en chef Casault a jugé qu'une autorisation pour défendre à une action, donnée par une assemblée du bureau ordinaire où il n'est nullement question d'une réclamation de la fabrique contre le demandeur, n'autorise pas un plaidoyer de compensation [1].

Quant au cas où l'on veut poursuivre une compagnie mise en liquidation en vertu de la loi fédérale, une autorisation préalable est requise pour le demandeur même, dont l'action ne peut être reçue sans la permission du juge [2].

61. L'autorisation dont la corporation a eu besoin pour plaider doit-elle apparaître au dossier ? La question a été résolue suivant la négative par la cour d'appel, en 1888, dans une cause de *Les commissaires d'école des*

(1) Giroux v Fabrique de Beauport, 1 R. J. O., C. S., 476.

(2) 129 S. R. C., s. 16 ; Marcotte v Turcot et Turcot, 4 R. de P., 342, Mathieu, J., 1902.

SS. Anges & St-Hilaire [1], où on a jugé "qu'il n'est pas nécessaire pour des commissaires d'école qui poursuivent, d'alléguer dans leur déclaration, et de produire avec le rapport de l'action, l'autorisation de poursuivre, mais qu'il suffit de produire cette autorisation, lorsque objection est faite de la part de la partie adverse". M. le juge White a aussi décidé, en 1898, " That the existence of a plaintiff corporation as assumed in a writ and declaration is considered admitted unless specially denied. Ecclesiastical corporations being public, the proof of their existence is not necessary" [2]. En 1899, dans une cause de *L'ordre des forestiers catholiques* v *St-Martin,* [3] M. le juge Mathieu a décidé " qu'un corps qui se prétend incorporé doit dire en vertu de quelle loi il l'est, et, s'il est étranger, où est son principal bureau d'affaires dans la province de Québec; et qu'une action dont le bref ne mentionne pas ces faits peut être renvoyée sur exception à la forme à moins que le bref ne soit amendé ".

Il nous paraît difficile d'admettre toute la doctrine énoncée dans ce dernier arrêt, en présence des termes clairs de l'article 122 C. P.: Lorsqu'un corps légalement constitué est partie en cause il suffit d'insérer son nom collectif et le lieu où il a son principal établissement.

(1) 19 R. L., 473.

(2) La corporation épiscopale du diocèse de Sherbrooke v McCarry, 4 R. de J., 423.

(3) 1 R. de P., 134.

SECONDE PARTIE

DES INCAPACITÉS D'ESTER EN JUSTICE

Préliminaires

62. Le droit, l'intérêt et la qualité ne suffisent pas pour rendre l'action recevable, celui qui l'exerce doit encore avoir la capacité d'ester en justice et cette capacité est également requise chez celui contre qui l'action est dirigée. Il faut, dit l'article 78 du code de procédure, avoir le libre exercice de ses droits pour ester en justice, en demandant ou en défendant, sous quelque forme que ce soit, sauf le cas de dispositions spéciales. Ceux qui n'ont pas le libre exercice de leurs droits doivent être représentés, assistés ou autorisés de la manière fixée par les lois qui règlent leur état ou leur capacité respective.

Pour savoir si celui qui intente une action, ou celui qui est appelé à s'y défendre, a le droit de figurer au procès, il est donc nécessaire de rechercher quelles sont les personnes auxquelles le droit civil enlève le libre exercice de leurs droits, puis d'étudier l'étendue de leur incapacité pour trouver les cas où elles doivent être représentées, ceux où l'assistance ou l'autorisation suffisent, et enfin les modifications dont cette incapacité est susceptible.

La plénitude de la jouissance des droits civils n'ap-

partient qu'aux sujets britanniques résidant en notre province, et aux citoyens. La capacité n'est donc pas absolument complète chez l'étranger ou le non résidant ; et elle se perd presque entièrement par la mort civile.

Mais les citoyens eux-mêmes n'ont pas tous également l'aptitude à exercer les droits dont ils jouissent. Les incapacités qui les frappent sont plus ou moins étendues et de natures très différentes.

Dès sa conception, l'enfant, sujet britannique, a la jouissance des droits civils, mais il est pendant longtemps dans l'impossibilité physique de les exercer et même quand il lui devient possible d'agir par lui-même, son inexpérience et sa trop grande jeunesse l'exposent, en agissant, à rendre sa condition pire : on lui nomme un tuteur qui exerce pour lui ses droits. C'est à sa majorité seulement qu'il en acquiert tout à fait le libre exercice. Son incapacité procède donc d'une vue de protection en sa faveur.

Telle est aussi celle de la personne qui, quoique majeure, et jouissant de ses droits civils, est atteinte d'une infirmité morale qui, soit folie, soit prodigalité excessive, l'empêche d'administrer son patrimoine : un curateur exerce pour elle ses droits civils ou bien l'autorise ou l'assiste en certains cas.

Une dernière incapacité procède de l'état de dépendance d'une femme mariée par rapport à son époux. La protection que la loi a ici en vue est principalement celle de la puissance maritale et accessoirement celle de la femme ; non pas à cause de son sexe, mais à raison de l'obéissance qu'elle doit à son mari.

Toutes ces incapacités ont existé, mais pour des raisons différentes et dans d'autres limites, en droit

romain et dans l'ancien droit français ; elles existent aussi et sont plus ou moins complètes dans le droit français moderne. Nous aurons occasion, en les étudiant suivant notre droit civil, de les comparer. Nous croyons cependant devoir faire immédiatement une revue sommaire de celles du droit romain.

CHAPITRE PREMIER

DES INCAPACITÉS EN DROIT ROMAIN

63. La liberté, le droit de cité et la qualité de chef de famille, sont les trois éléments constitutifs de l'indépendance complète à Rome. C'est dire que la capacité générale est le partage du petit nombre. On peut cependant affirmer, sans paradoxe, qu'elle est la règle. Seulement, il faut étudier la condition civile des individus qui forment la nation romaine à la lumière d'un autre principe que celui de l'égalité de tous devant la loi.

Le droit civil, *jus Quiritium*, s'applique aux seules personnes libres ayant le *jus civitatis* : première incapacité donc, celle des *esclaves* et des *pérégrins*.

Le citoyen romain libre appartient à une *famille*, il n'est indépendant qu'à la condition d'en être le chef ; deuxième classe d'incapables : les citoyens *alieni juris*.

Mais, pour exercer les droits qu'il tient du *jus Quiritium*, le citoyen romain *sui juris* doit pouvoir donner un consentement valable aux actes qu'il fait : de ce principe découle l'incapacité des impubères et des

mineurs de vingt-cinq ans, celle des fous et des prodigues.

Enfin, il y a dérogation aux règles de ce droit civil quand il s'agit des femmes, qui forment une quatrième classe d'incapables.

En dehors des cas où il n'y a pas lieu d'appliquer le droit civil, la capacité demeure le principe général ; les incapacités, non seulement sont d'exception, mais elles sont plus souvent relatives qu'absolues.

L'étude de ces différentes incapacités générales nous fera voir les cas spéciaux où elles s'étendent à la faculté d'agir en justice.

Aux incapacités de plaider se rattachent les restrictions dérivant de privilèges que certains citoyens avaient de n'être pas tenus de suivre le demandeur *in jus*.

Mentionnons, comme exemple, les *magistratus majores* et les *tribuni plebis* qui avaient le droit de refuser de répondre à la sommation ; les ascendants, le *patronus* et la *patrona* qui ne pouvaient être appelés *in jus* qu'avec la permission du préteur.

SECTION I [1]

De ceux à qui le JUS CIVILE *ne s'applique pas*

§ Ier—DES ESCLAVES [2]

64. Seules les personnes libres acquièrent des droits en vertu du *jus civile*. Or non seulement l'esclave n'a pas la liberté ; il n'est pas une personne, c'est la chose du maître. Il n'est donc susceptible d'aucun droit civil. A-t-il un pécule, c'est son maître qui l'administre ; les contrats que fait l'esclave, non pour son maître mais pour lui-même, ne donnent d'action que contre le maître qui prend sur le pécule les deniers nécessaires à l'acquittement de ces obligations. Pour le délit de l'esclave, c'est encore le maître qu'il faut actionner. Jamais donc, aussi longtemps que dure l'état d'esclavage, l'esclave ne peut *lege agere*.

Ainsi, pour permettre son affranchissement, on a dû faire en sa faveur une exception à la règle du vieux droit qu'on ne peut agir en justice au nom d'un autre, et faire intervenir à la *vindicta* un tiers, l'*assertor libertatis*, qui est le vrai demandeur.

L'incapacité de l'esclave d'agir en justice est donc absolue.

(1) Nous tenons à déclarer que dans la rédaction de ce chapitre, notre part est petite. Nous sommes responsable des généralités, du plan et de l'ordre de disposition des textes reproduits des auteurs que nous avons surtout étudiés, Accarias et Ortolan.

(2) Ortolan, *Instituts de Justinien*, II, p. 687 ; III, pp. 175 et s. ; Accarias, *Précis de droit romain*, I, Nos 39, 54, note I ; Keller, *Des Actions chez les Romains*, p. 241.

§ II—DE L'INDIVIDU SOUMIS AU *mancipium*

65. L'homme libre *alieni juris* pouvait être vendu ou abandonné par le moyen de la mancipation, et perdre ainsi sa liberté. Les effets du *mancipium* peuvent se résumer dans cette formule : l'individu placé *in mancipio* est *loco servi* sans être *servus* [1]. Il est assimilable à l'esclave en ce qu'il ne s'oblige jamais civilement et en ce que les créances résultant de ses stipulations ne peuvent appartenir qu'à la personne investie de la puissance sur lui. Il ne peut jouer le rôle d'*adstipulator* [2], ni exercer ses droits de citoyen [3].

Son incapacité d'agir en justice, comme celle de l'esclave, est absolue. A partir des premiers empereurs, il n'y a plus d'hommes *in mancipio*.

§ III—DES *peregrini*

66. La capacité générale du *peregrinus* est déterminée par sa loi nationale. Comme il n'a pas le droit de cité romaine, il n'est soumis qu'au *jus gentium* ; il n'a pas le *commercium*. Sa capacité, quelle qu'elle soit du reste suivant la loi de sa nationalité, dépend aussi de la question de savoir si les actes qu'il veut faire appartiennent au *jus civile* [4].

(1) Accarias, I, p. 257.

(2) Id., II, No 507, page 231, *note* 1 ; Ortolan, I, p. 121.

(3) Accarias, I, p. 258.

(4) Id., II, p. 22.

SECTION II

Des citoyens romains ALIENI JURIS [1].

67. La condition du fils de famille diffère essentiellement de celle de l'esclave. C'est un homme libre et un citoyen romain Il est donc, en principe général, capable; il ne perd de sa capacité que ce qui lui est enlevé par sa soumission à la puissance paternelle. Il est vrai que cette puissance personnelle paralyse pour le moment ses droits, dans l'intérêt du père, mais elle ne les supprime pas. Il conserve l'exercice libre de ceux qui ne peuvent compromettre les intérêts de la puissance paternelle. Il a la capacité de droit pour tout ce que la puissance paternelle ne peut atteindre.

Il s'oblige par ses contrats et ses délits, et, à la différence de l'esclave, il peut être, en droit civil, créancier et débiteur.

Le droit d'agir en justice lui est reconnu. A la différence de l'esclave, il peut être poursuivi pour ses *délits* alors qu'il est encore fils de famille. Il peut être actionné, condamné et contraint à l'exécution pour ses obligations. Il n'est pas nécessaire d'attendre pour cela qu'il soit devenu chef par la mort du père. Et cela même s'il n'a pas de pécule.

Il ne stipule, il est vrai, que pour son père, mais quand il a un pécule, il a, pour ce qui concerne ce pécule, une personne à lui susceptible d'avoir et de devoir des droits.

(1) Accarias, I, pp. 145, 227, 229, 689 et 692 ; II, pp. 127 et 1203 ; Ortolan, III, pp. 182 et suiv.

Quant à ce pécule, s'il est *castrence* ou *quasi castrense,* toutes les actions qui en dépendent peuvent être exercées par le fils de famille, même contre le gré de son père. Si c'est un pécule *adventice,* comme le père en a l'usufruit, c'est lui qui en exerce les actions, mais seulement avec le gré du fils.

En résumé, le fils de famille a pleine capacité d'agir en justice pour faire valoir tous ses droits, c'est-à-dire, tous ceux qui ne sont pas acquis au *paterfamilias.* Il y a une exception : il ne peut plaider contre son père.

S'il est pubère et majeur de vingt-cinq ans, il n'a besoin pour plaider d'aucune *auctoritas* ni d'aucun *consensus.*

S'il est impubère, son incapacité est absolue, il n'en peut être relevé, puisqu'il n'a jamais besoin de s'obliger. *Qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.*

Section III

Des incapacités auxquelles peut être sujet le citoyen SUI JURIS [1]

68. Les citoyens *sui juris* n'ont pas toujours pleine capacité juridique. La loi protège ceux d'entre eux qui, par défaut d'âge, n'ont pas le discernement nécessaire à l'exercice de leurs droits, ou qui, étant atteints d'aliénation mentale, ne peuvent donner de consentement valable. Elle protège aussi contre lui-même celui qui se livre à une prodigalité excessive. Cette protection revêt la forme d'une tutelle pour les impubères, d'une

(1) Accarias, 1, pp. 260 et s., 314, 319, 320, 325, 336, 369.

curatelle pour les pubères mineurs, les fous et les prodigues.

§ Ier — DES IMPUBÈRES

69. L'*infans*, c'est-à-dire, le mineur de sept ans est absolument incapable, et par conséquent ne peut faire seul ni *tutore auctore* aucun acte juridique.

La jurisprudence a d'abord tenu l'*infantiæ proximus* pour aussi incapable que l'*infans*. Sous Justinien, cette distinction ne s'applique plus qu'en matière de délit Il est incapable de s'obliger *ex delicto*.

Le *pubertati proximus* peut faire valablement seul les actes qui rendent sa condition meilleure : pour la rendre pire, il lui faut absolument l'*auctoritas* du tuteur.

Les impubères et même les *pueri*, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas dix-sept ans révolus, ne peuvent pas plaider par eux-mêmes. Pour exercer leurs droits, il faut l'intervention du tuteur ou curateur.

70. Le tuteur ne représente pas le pupille. Son rôle est double. En premier lieu il est l'administrateur des affaires du pupille, et cette fonction lui est commune avec les curateurs. Alors c'est lui seul qui figure sur la scène juridique, c'est lui qui joue le rôle de partie dans l'acte. Les actes que le tuteur peut faire seul constituent la règle ; ce sont ceux que tout individu capable peut faire exécuter par un mandataire.

Mais la fonction distinctive et originale du tuteur consiste à interposer son *auctoritas* dans les actes faits par le pupille ; alors c'est le pupille qui est en scène. L'acte est son œuvre personnelle ; c'est lui qui consent, lui qui, s'il y a lieu, accomplit les solennités juridiques ;

et si le tuteur apparaît encore, ce n'est plus comme partie, c'est uniquement pour fournir au pupille un concours sans lequel l'acte ne vaudrait rien. Cette *auctoritas*, qui complète la capacité du pupille, ne se conçoit qu'autant que celui-ci a dépassé l'*infantia*, c'est-à-dire a acquis une certaine capacité. L'*infans* ne peut faire aucun acte juridique même *tutore auctore*.

Les actes que le tuteur peut faire faire par le pupille en l'autorisant sont ceux qui, à raison de leur nature ou de leur forme, exigent le fait même de la personne intéressée. Tels sont les *legis actiones*, formes anciennement observées pour la poursuite d'un droit. Elles se caractérisent par des paroles solennelles contenant affirmation d'un droit au profit de la personne même qui demande ou qui défend. De là la règle : *Nemo alieno nomine lege agere potest*, qui, appliquée en cette matière, conduisait à cette conséquence désastreuse que le tuteur ne pouvait jamais plaider seul à ce titre.

Les *legis actiones* ayant été remplacées sur la fin de la République par la procédure formulaire, il devint possible de plaider pour autrui. Dès lors demander ou défendre sont des actes qui rentrent dans la compétence du tuteur agissant comme administrateur ; et néanmoins on lui conseille, quand le pupille n'est ni *infans* ni absent, de le faire intervenir au procès et de l'autoriser.

Le tuteur, en principe, peut faire figurer le pupille au procès en l'autorisant ou plaider lui-même, à son choix : mais si le pupille est absent ou *infans*, il est nécessaire que le tuteur plaide lui-même.

§ II—DES PUBÈRES MINEURS DE VINGT CINQ ANS

71. D'abord on ne distinguait que les pubères et les impubères, mais de bonne heure on en arriva à distin-

guer parmi ces pubères ceux qui n'avaient pas encore vingt-cinq ans.

Dans les principes du droit ancien, non seulement les mineurs de vingt-cinq ans administraient toujours eux-mêmes leur patrimoine, mais ils avaient exactement la même capacité que les majeurs de vingt-cinq ans. La loi *Plœtoria* les déclara incapables d'être trompés. Puis le préteur créa pour eux le bénéfice de l'*in integrum restitutio,* qui leur est accordé, par exemple, s'ils ont négligé d'invoquer un moyen de défense en justice ou d'interjeter appel d'une condamnation.

En règle générale, les mineurs de vingt-cinq ans n'ont un curateur qu'autant qu'ils le veulent bien. Il y a exception, lorsque le mineur a un procès à soutenir. S'il plaide seul et qu'il succombe, il réussira peut-être à obtenir une *in integrum restitutio* qui ôterait à son adversaire le bénéfice de la chose jugée. Plaide-t-il, au contraire, avec l'assistance d'un curateur, l'*in integrum restitutio,* encore possible, ne lui sera du moins accordée qu'après des poursuites rendues vaines par l'insolvabilité du curateur. De là l'obligation pour ce mineur de demander un curateur *ad litem* et le droit pour la partie adverse de le faire nommer elle-même.

72. La curatelle, comme la tutelle, a donc aussi pour but de protéger des personnes qui en fait ne sont pas du tout ou ne sont qu'imparfaitemeut capables de se protéger elles-mêmes. Mais il y a plusieurs différences à noter. Le tuteur est donné à la personne, le curateur n'est nommé qu'aux biens. Il n'autorise pas. L'*auctoritas* est ici remplacée par un simple *consensus* qui lui ne fut jamais soumis à aucune forme. Il peut précéder, accompagner ou venir après l'opération consommée, et alors il vaut ratification.

§ III—DES FOUS

73. Le fou, *furiosus*, peut d'abord agir valablement dans ses intervalles lucides et n'a pas besoin de curateur. Sous Justinien, pendant la durée de ces intervalles lucides, le curateur garde son titre mais perd ses fonctions, sauf à les reprendre à chaque nouvelle manifestation de la folie. Le curateur du fou n'aura jamais à donner son *consensus* aux actes de ce dernier : ou il agira lui-même et lui seul, ou il ne se mêlera de rien.

Pendant la durée de ses intervalles de folie, les actions du fou sont exercées directement par son curateur. Dans ses intervalles lucides, il les exerce lui-même seul.

Ajoutons que la folie donne immédiatement et sans aucune formalité ouverture à la curatelle.

§ IV—DU PRODIGUE

74. Le prodigue, à la différence du fou, ne tombait en curatelle qu'une fois dessaisi de l'administration de ses biens par une sentence d'interdiction.

Il est justement comparé au pupille. Son incapacité ne résulte que de l'interdiction prononcée par le magistrat; elle est continue. Il lui faut le *consensus* du curateur pour rendre sa condition pire et pour agir *in judicio.*

Section IV

Des femmes

75. Tandis que dans notre droit les incapacités dont la femme peut être frappée résultent uniquement du fait de son mariage, celles du droit romain dérivent de son sexe même. Ces incapacités diffèrent selon qu'elles s'appliquent, soit à la femme *alieni juris*, à la fille de famille, soit à la femme *sui juris* qui est en tutelle, soit enfin à la femme mariée *in manu*.

§ Ier—de la fille de famille

76. La femme *alieni juris*, la *fille de famille*, était-elle capable au même point que le fils de famille ? C'est une question controversée. Mais puisque même la femme *sui juris* était en tutelle, et qu'on définissait l'état d'incapacité de la femme *in manu* en disant qu'elle était *loco filiæ*, l'opinion probable, partagée par Accarias [1] et Cujas [2], c'est qu'elle n'avait pas cette capacité.

Puisqu'on distingue sa capacité de celle du fils de famille, l'incapacité de la fille de famille ne dérive donc pas de son état d'*alieni juris* mais seulement de son sexe. Toutefois Ortolan [3] reconnaît à la fille de famille la capacité du fils de famille.

A tout évènement, quand la tutelle des femmes

(1) I, No 505.

(2) Observ., 7. 11.

(3) III, No 1302.

pubères *sui juris* et la *manus* eurent disparu, l'incapacité des filles de famille n'eut plus sa raison d'être et elle disparut aussi.

§ II—DE LA TUTELLE DES FEMMES *sui juris* [1]

77. Pendant longtemps les femmes qui n'étaient placées ni sous la *patria potestas* ni sous la *manus* furent soumises à une *tutelle perpétuelle*. Les raisons qu'en ont données les jurisconsultes étaient : la légèreté d'esprit des femmes et leur ignorance des affaires. Toutefois cette tutelle n'était pas tant une protection de la femme, qu'une mesure de défiance à leur égard.

La tutelle des femmes, dans son dernier état, était profondément différente de celle des impubères. A vrai dire, elle n'est plus sérieuse. La femme peut même en certains cas choisir son tuteur. Tandis que très anciennement, sans aucun doute, le tuteur des femmes gérait ou autorisait, à l'époque de Gaius il ne gérait plus ; mais la femme, une fois parvenue à l'âge de la pleine maturité, c'est-à-dire à vingt-cinq ans, administrait elle-même ses biens. Toutefois, cette capacité d'administrer ne lui permettait pas de figurer valablement seule en toute espèce d'opérations juridiques. Ainsi l'*auctoritas* du tuteur lui restait nécessaire pour accomplir la procédure des *legis actiones*, pour plaider dans un *judicium legitimum*. Si le tuteur refusait son *auctoritas*, le préteur intervenait pour le contraindre à la donner.

(1) Accarias, 1, pp. 361, 365.

§ III—DE LA FEMME *in manu* [1]

78. Le mariage même légitime (*justæ nuptiæ*) ne pouvait pas seul produire la puissance maritale, *manus*. Cette puissance modelée sur la *patria potestas* appartient comme elle au *jus civile*. Elle était établie *matrimonii causa* ou *fiduciæ causa*.

Quant à la *manus* établie *fiduciæ causa*, sur les femmes *sui juris*, ce n'était pas à proprement parler un état, mais plutôt un moyen soit d'hériter sans avoir à subir la gêne des *sacra* du défunt, soit de pouvoir tester, en subissant la *capitis deminutio* requise. Cette *manus* n'enlève donc pas de capacité à la femme. Ajoutons que ce n'est pas une puissance maritale, puisque la *manus, fiduciæ causa*, pouvait être établie en faveur d'un autre citoyen que le mari.

La *manus* établie *matrimonii causa* s'obtenait en faveur du mari, non pas par le fait du mariage, mais par des solennités qui accompagnaient la cérémonie du mariage, la *confarreatio*, ou par la *coemptio* ou l'*usus*. L'effet de cette *manus* est l'absorption des biens de la femme dans le patrimoine du mari. Quant à sa capacité la femme *in manu* est traitée en droit comme étant par rapport à son mari *loco filiæ*.

(1) Ortolan, I, p. 72 ; II, p. 119 ; Accarias, I, pp. 252 et 255.

Section V

De la capitis deminutio [1]

79. Il pouvait arriver qu'il y eût, au cours du procès, changement d'état de l'une des parties.

La *capitis deminutio* ne détruit pas le droit porté en justice quand le *judicium* n'est pas *legitimum.*

En subissant la *maxima capitis deminutio,* qui est la perte de la liberté, l'homme tombe au rang d'une chose : il n'a donc plus d'état. La *media* et la *minima capitis deminutio,* sans faire perdre l'état change la personne. Les droits changent de titulaire.

Dans tous les cas, si le *capite minutus* était engagé comme demandeur dans une instance constituant un *judicium legitimum* le droit que la *litis contestatio* avait fait naître en sa faveur périt absolument, sans doute parce qu'on le répute attaché à la personne, et d'autre part, le droit antérieur qu'elle avait éteint *ipso jure* ne revit pas. Il y a donc déchéance complète.

Section VI

Des personnes morales [2]

80. Aucune personne morale ne se constituait sans l'autorisation du peuple, et l'autorité pouvait lui ôter la vie qu'elle lui avait donnée.

(1) Accarias, I, p. 405.

(2) Id., I, p. 412 et suiv.

Une fois régulièrement constituées, les personnes morales sont aptes à avoir des droits ou des obligations. Mais une abstraction n'agit pas. Il est donc impossible de concevoir qu'une personne morale plaide et exerce elle-même ses droits. Pour qu'elle manifeste sa vie, le concours d'une ou de plusieurs personnes réelles lui est nécessaire. Aussi les personnes morales ont-elles toutes, sous des noms différents, des représentants chargés de veiller à leurs intérêts. Par exemple, les corporations autorisées ont un *syndicus* ou *actor*. Les cités sont administrées par le corps des décurions et plus spécialement par leurs duumvirs ou autres magistrats locaux. La mesure des pouvoirs de ces divers représentants est susceptible de varier selon l'importance et la nature de la personne morale.

CHAPITRE DEUXIÈME

INCAPACITÉS SPÉCIALES

Section I

Des étrangers

81. Pour pouvoir intenter une action et y défendre, il faut être capable de l'espèce de droit d'où l'action procède. Si elle procède du droit naturel, l'existence suffit, si c'est du droit civil, il faut être citoyen. Les sujets britanniques seuls, en règle générale, ont la pleine jouissance des droits civils.

Notre droit, quant à la condition de l'étranger, diffère considérablement de l'ancien droit français. L'article 25 du code civil en lui donnant le droit d'acquérir, à titre gratuit ou onéreux, tous biens meubles et immeubles, de la même manière que le peuvent faire les sujets britanniques, lui a implicitement donné la faculté de faire valoir ce droit. Il ne peut cependant réclamer un droit civil qui ne découle pas de ceux qui sont mentionnés en cet article ou de ceux qui font partie du droit des gens. D'ailleurs l'article 28 du code civil lui donne formellement le droit de poursuivre un citoyen pour les obligations contractées hors de son territoire par ce dernier ; et l'article 27 dit qu'il peut être poursuivi, quoique ne résidant pas dans le pays, pour l'exécution d'obligations qu'il a contractées même en pays étranger.

En 1898, M. le juge Mathieu a décidé que " le défendeur domicilié dans une autre province, peut, après le maintien d'un bref de *capias* émané contre lui, faire cession de ses biens en assermentant une déclaration à cet effet devant un notaire public de la localité où il demeure" [1].

82. La capacité des étrangers d'ester en justice doit-elle être déterminée, suivant notre loi ou suivant la loi étrangère ? L'article 79 C. P. le décide formellement : " une corporation ou personne, dûment autorisée à l'étranger à ester en justice, peut exercer cette faculté devant tout tribunal de la Province." Et l'étranger peut ainsi agir, non seulement en sa qualité personnelle, mais aussi en sa qualité de représentant dûment nommé suivant ses propres lois, dans le cas où il représente légalement selon les lois de son pays une personne qui y est décédée ou y a fait son testament, laissant des biens dans la province (Art. 80 C. P.). En 1891, M. le juge

(1) *Ascher* v *Douglas*, 14 R. J. O., C. S., 408.

Jetté, a décidé : En principe les droits respectifs des époux sont régis par la loi de leur domicile au moment du mariage, et l'énonciation de cette loi par une partie dans une cause, sans contradiction par l'autre partie, doit être acceptée par le tribunal, et cette loi s'impose aux parties dans les termes mêmes des allégations d'icelle, puisqu'elles ne sont pas contredites, sans qu'il y ait lieu de la modifier par les dispositions particulières de la loi canadienne [1].

Sur cette question de savoir quelle loi il faut appliquer dans l'examen de la capacité, on peut consulter un arrêt du tribunal de la Seine, du 21 août 1873, où tous les auteurs sont cités [2].

83. La première condition que l'étranger doit remplir lorsqu'il poursuit, en une qualité quelconque, c'est d'alléguer et de prouver que suivant la loi de son pays il a ce droit de poursuivre. On a décidé qu'à défaut de cette preuve, son action peut être renvoyée sur exception à la forme [3].

Le droit de poursuivre a été reconnu par nos tribunaux : à un liquidateur (*Receiver*) nommé par une cour de justice étrangère aux biens d'une compagnie soumise à la juridiction de cette cour, pour s'opposer à la saisie des biens de cette compagnie, lorsque le jugement qui le nomme, ainsi que la loi du pays étranger, l'autorisent à ester en justice pour toutes les fins de son administration [4] et alors l'autorisation par la cour de notre

(1) *Voght* v. *Richter*, 21 R. L., 481.

(2) Cet arrêt est rapporté au 5 R. L., 97.

(3) *Palmers* v *Shoe Wire Grip Co.*, 4 R. L., n. s., 397.

(4) *Barker* v *Central Vermont Railway & Harp*, 1898, Loranger J., 14 R. J. O., C. S., 467 ; *Giles* v. *Jacques*, C. A., 1887, 31 L. C. J., 266.

province n'est pas requise[1] ; à une corporation munie, en vertu de la loi d'Ontario, du pouvoir d'administrer les biens d'une succession ouverte dans Ontario. Elle peut comparaître et continuer les procédures à la place du défunt[2] ; au tuteur (*guardian*) résidant à l'étranger, s'il a été nommé légalement selon les lois de son pays[3] ; à une femme mariée commune en biens, dont le domicile est en France et qui est autorisée à collecter un legs de meubles et à ester en justice à cette fin, pour poursuivre ici un débiteur en recouvrement d'une dette formant partie du legs, et ce sans autorisation par nos tribunaux[4]. La cour de revision, à Québec, (Routhier, Andrews & LaRue JJ.) a jugé : "that an administrator duly appointed in a foreign State to the estate of a person dying there, intestate, but owning property in Canada, is also the legal representative of the deceased in this Province and is alone entitled to administer the estate, and the heirs at law here have no right, adversely to him, to obtain payment of any sums due deceased in this Province[5]." M. le juge Doherty a décidé en 1900 que les *trustees* d'une corporation étrangère ne sont pas de simples agents et qu'ils peuvent poursuivre ici en cette qualité[6]. M. le juge Champagne a décidé, en 1900, qu'une demanderesse qui se dit séparée de biens suivant la loi de son domicile (Italie) ne sera pas déboutée de son action sur exception à la forme, si une traduction des lois de son pays certifiée par le consul et corroborée par un employé du consulat, même si cet employé n'est

(1) *Young* v *Consumers Cordage Co.*, 9 R. J. O., C. S., 47.

(2) *Greenshields* v *Aitken*, 1897, Gill J., 11 R. J. C., O. S., 137.

(3) *Allan* v *Collman*, C. A., 1811, 1 R. de L., 345 et 503.

(4) *Bauron* v *Davies*, C. A., 1897, 6 R. J. O., B. R., 557.

(5) *Breault* v *Wadleigh*, 6 R. J. O., C. S., 79.

(6) *Fysché* v *Thornbyll*, 6 R. L., n. s., 323.

pas avocat, appuie cette prétention [1]. Le droit de plaider a aussi été reconnu par la cour d'appel à une compagnie étrangère, dans la cause de *Larocque* v *Frampton County Bank* [2], et dans la cause de *Connecticut & P. R. Co.* v *Cumstock* [3]. Suivant la même interprétation, M. le juge Jetté a décidé qu'un mineur même commerçant mais d'Ontario, ne peut s'engager dans la province de Québec, sur billet, ni partant être poursuivi, son incapacité, d'après la loi de son domicile, étant absolue [4].

Section II

Des non-résidants

84. Le droit de plaider est donc généralement accordé aux étrangers ; et s'ils résident au pays, leur position ne diffère guère de celle des sujets britanniques. Les *non-résidants*, sujets britanniques ou non, peuvent également ester en justice, seulement la loi accorde une protection à ceux qu'ils poursuivent.

85. L'article 179 C. P. impose à tout individu ne résidant pas dans la province, qui y porte, intente ou poursuit une action, une instance, ou un procès, l'obligation de fournir à son adversaire, qu'il soit ou non sujet de Sa Majesté, caution pour la sûreté des frais qui peuvent résulter de ses procédures. A défaut par la personne tenue au cautionnement de le fournir dans le délai fixé, la partie adverse peut demander le renvoi de l'action, sauf au demandeur à se pourvoir (182 C. P.).

(1) *Nucciaroni* v *Manella*, 2 R. de P., 265

(2) 8 L. C. R., 328.

(3) 1 R. C., 589.

(4) *Jones* v *Dickinson*, 7 R. J. O., C. S., 313.

Cette obligation de fournir caution pour la sûreté des frais est une restriction au droit de plaider, qui s'applique seulement à celui qui attaque et non pas à celui qui se défend.

L'article 179 C. P. est la reproduction de l'article 29 C. C. Nous n'entreprendrons pas d'examiner tous les arrêts que ces articles ont provoqués : d'ailleurs, une revue complète de notre jurisprudence sur la matière se trouve au premier volume du *Droit Civil Canadien*, de M. Mignault [1]. Nous nous bornerons à énoncer les principes les plus importants admis par nos tribunaux.

C'est le défaut de résidence au pays qui oblige à fournir caution, non pas le fait d'avoir un domicile à l'étranger. Pour être tenu de fournir caution, il faut que le demandeur ne soit pas seulement dans le cas d'une absence temporaire ; il faut que la procédure en soit une réellement introductive d'instance, et non pas, par exemple, une simple demande de cession. Les compagnies sont assimilées aux individus et tenues de fournir le cautionnement, si leur bureau principal est en dehors de la province. Cette obligation s'applique non seulement au demandeur principal, mais aussi au demandeur incident ; à l'opposant (sauf quant à l'opposition à jugement qui est un plaidoyer), et même au défendeur qui fait une requête civile, ainsi qu'à l'intervenant, au moins en certains cas. Quand l'un de plusieurs demandeurs ne réside pas dans la province, est-il tenu de fournir caution ? Une réponse affirmative s'impose quand ces demandeurs ne sont pas des créanciers solidaires. Il y a doute quand la créance est solidaire.

(1) pp. 145 et suiv.

86. L'article 177 C. P. dit encore : La partie défenderesse peut, par exception dilatoire, arrêter la poursuite de la demande : si le demandeur ne réside pas dans la province, et qu'il ne soit pas produit de procuration de sa part.

Ce que nous venons de voir sur la demande de cautionnement pour frais, s'applique généralement à la demande de procuration. Et pour montrer ce que doit être cette procuration, il suffira, croyons-nous, de citer les deux arrêts suivants. M. le juge Mathieu, en 1896, a décidé qu'une procuration autorisant le mandataire à opérer par tous moyens et voies de droit, le recouvrement de toute somme et créance appartenant aux mandants, en Canada, et, pour ces fins, exercer toute action et faire toute poursuite et procédure judiciaire nécessaire, est suffisante aux termes de l'article 120, § 7, C. P. C. (177 *du nouveau code*) —Une procuration est suffisante aux termes de cet article, si elle constate l'autorisation de faire la procédure dans laquelle elle est produite —Il n'est pas nécessaire que la procuration soit en faveur de l'avocat même, pour qu'elle autorise la procédure faite [1].

La cour d'appel, en 1900, a jugé que la procuration que doit donner une compagnie étrangère à ses avocats ou à ses représentants doit être l'acte de cette compagnie elle-même, ou de ses directeurs siégeant comme bureau de direction et agissant pour la compagnie, et non celui de la majorité des directeurs agissant individuellement. La procuration donnée par une compagnie d'assurance à l'un de ses employés, l'autorisant à inspecter les agences et à poursuivre, ne l'autorise pas à

(1) LePesant de Boisguilbert v Fletcher, 2 R. de J., 319.

donner à des avocats la procuration requise par l'article 177 C. P. [1]

Section III

Des personnes mortes civilement

87. La première véritable incapacité prononcée par la loi est celle des personnes qui ont perdu la plénitude de leurs droits par la mort civile. "La mort civile, disent Aubry et Rau, [2] est une fiction légale, en vertu de laquelle un individu physiquement vivant est, dans une certaine mesure, réputé mort aux yeux de la société."

Ce retranchement de la vie civile, comme l'appelle Loranger, résulte, dans notre droit, de la profession religieuse, ou d'une condamnation, soit à la mort naturelle, soit à la détention perpétuelle au pénitencier.

Le mort civilement perdant par la mort civile tous ses biens et ne pouvant ni acquérir, ni disposer, ni contracter, ne peut pas non plus, aux termes de l'article 36 du code civil, procéder en justice ni en demandant ni en défendant.

En France, la mort civile produisait en général les mêmes effets que la mort naturelle. Cette règle est cependant à modifier au point de vue de la capacité juridique du mort civilement, en ce que celui-ci conserve la jouissance et l'exercice de tous les droits indispensables au soutien et à la défense de sa vie physique, à la

(1) Kavanagh v Norwich Union Fire Insurance Co., 4 R. de P., 229.

(2) I, *Cours de droit civil*, p. 314.

condition de ne les faire valoir en justice que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial. [1] Pour ne plus compter parmi les citoyens, il n'est pas retranché du nombre des hommes, et les lois protègent le mort civilement dans sa participation aux droits de la nature. [2] *Liceat eis ad victum et alios usus necessarios sufficientia relinquere.* Il est autorisé, en France, avec cette restriction quant au ministère du curateur, à poursuivre et à défendre les droits qui lui compètent.

88. La seule faculté que la loi civile reconnaisse au mort civilement est celle de recevoir des aliments. Et notre droit n'a pas de disposition quant à la nomination d'un curateur. Il ne peut donc être question que de savoir si le mort civilement peut exercer en justice le droit que lui laisse le code de recevoir des aliments. Si l'on répond oui, il faudra qu'il les exerce lui-même, les curateurs ou autres représentants n'étant donnés aux incapables que dans les cas expressément nommés par la loi.

Nous croyons que les termes : " La personne morte " civilement ne peut procéder en justice ", doivent s'interpréter avec le tempérament de la disposition : " Elle peut recevoir des aliments ". Cette dernière faculté reconnue par la loi est certainement un droit. Nous ne pouvons adopter l'opinion que c'est tout simplement là indiquer que le mort civilement peut recevoir ce qu'on veut lui donner, sans imposer à ceux qui, dans le droit civil, sont tenus de fournir des aliments, l'obligation de le faire. Il n'y aurait pas besoin d'un texte de loi pour énoncer cette vérité. Or, là où il y a un droit, il y a

(1) Aubry & Rau, I, p. 324.

(2) Boncenne, I, *Procédure civile*, p. 135.

une action. Il faut donc conclure que le mort civilement peut exercer l'action pour aliments.

A part cette exception, le mort civilement, quelle que soit la cause de la mort civile, est frappé d'une incapacité absolue d'ester en justice. Cette incapacité est prononcée dans l'intérêt public. La conséquence, c'est que toutes les procédures faites par un mort civilement sont sans effet et d'une nullité radicale.

CHAPITRE TROISIÈME

DE L'INCAPACITÉ DE PLAIDER DES MINEURS

89. Les mineurs de vingt-et-un ans sont frappés par la loi d'une incapacité générale d'exercer les droits civils qu'ils peuvent avoir. Cette incapacité n'est pas absolue, mais relative. Et pour bien interpréter les diverses dispositions qui modifient cette incapacité, il est bon de ne pas perdre de vue qu'elle est prononcée dans l'intérêt du mineur (987 C. C.). Elle prend sa source dans la seule crainte de voir le mineur victime de son inexpérience. Une conséquence en est que si le mineur, ayant plaidé, a gagné son procès, personne ne peut se prévaloir de son incapacité. Ces principes étaient consacrés par les lois romaines et par l'ancien droit français.

Dans le droit français moderne, les causes des mineurs doivent être communiquées au ministère public.

" Le mineur, dit Boitard [1], même avec l'assistance de son curateur s'il est émancipé, et de même le tuteur du mineur qui n'est pas émancipé, n'ont pas, en général, qualité pour aliéner les biens ; dès lors, il était important d'empêcher que, soit par dol, soit par négligence, on ne compromît, par une défense incomplète, les intérêts du mineur. La loi lui assure une protection de plus en exigeant que, dans toutes les causes qui intéressent les mineurs, le ministère public prenne communication de l'affaire et donne ses conclusions."

Nous n'avons pas, dans notre droit, cette institution du ministère public intervenant dans les procès civils ; mais les principes sont d'ailleurs généralement les mêmes que ceux du droit français, en la matière. Et, du défaut de telle intervention, nous devrons conclure qu'il est nécessaire, en examinant la question de savoir quand et comment le mineur peut plaider, de se rappeler que chez nous ses intérêts sont plus en danger, et d'interpréter en conséquence nos textes de manière à les rendre pleinement efficaces.

L'incapacité générale de plaider des mineurs découle des dispositions suivantes du code civil :

ARTICLE 986.—Sont incapables de contracter : les mineurs, dans les cas et suivant les dispositions contenues dans ce code.

ARTICLE 987.—L'incapacité des mineurs... est établie en leur faveur. Ceux qui sont capables de contracter ne peuvent opposer l'incapacité des mineurs... avec qui ils ont contracté.

ARTICLE 1002.—La simple lésion est une cause de nullité, en faveur du mineur non émancipé, contre toutes espèces d'actes lorsqu'il n'est pas assisté de son tuteur, et lorsqu'il l'est, contre toutes espèces d'actes autres que ceux d'administration ;

(1) *Procédure civile*, I, No 215.

et en faveur du mineur émancipé, contre tous les contrats qui excèdent les bornes de sa capacité légale, telle qu'établie au titre de la *Minorité*, de la *Tutelle* et de l'*Emancipation* ; sauf les exceptions spécialement énoncées dans ce code.

ARTICLE 290.—Le tuteur prend soin de la personne du mineur et le représente dans tous les actes civils. Il administre ses biens...

ARTICLE 304.—Les actions appartenant au mineur sont portées au nom de son tuteur.

Le mineur n'a donc pas ce "libre exercice de ses droits" que l'article 78 du code de procédure exige de celui qui veut ester en justice. En thèse générale, il est incapable de plaider.

90. Mais cette règle d'incapacité, bien qu'elle soit générale dans son application au cas du mineur, n'en est pas moins une règle d'exception. En vertu de ce principe, il nous semble logique d'adopter l'ordre de division qui suit, et d'étudier dans ce chapitre :

En premier lieu, les cas où le mineur, relevé de son incapacité, tombe, en quelque sorte, sous l'empire du droit commun, et peut plaider seul ;

En deuxième lieu, les cas où la règle d'incapacité s'applique et où le mineur ne peut plaider que par son tuteur ;

En dernier lieu, la condition du mineur émancipé quant à l'exercice de son droit d'ester en justice.

SECTION I

Des cas où le mineur non émancipé peut plaider seul

§ IER—ACTIONS SUR CONTRAT DE LOUAGE DE SERVICES

91. L'article 304 du code civil dit que le mineur âgé de quatorze ans peut intenter seul les actions en recouvrement de gages.

Pour que l'action soit recevable, il faut que les gages pour lesquels il poursuit lui appartiennent, c'est-à-dire, qu'ils lui soient dus en vertu d'un engagement fait par lui-même. Et il n'a pas droit de poursuivre en son nom, seul, quand l'engagement a été fait, soit par son tuteur, soit par son père sous la puissance et le contrôle duquel il se trouve [1].

Si l'engagement a été fait par le père, c'est au père que l'action appartient. Ainsi il a été décidé qu'un père a, comme tel, le droit d'utiliser les services de son enfant mineur, de l'engager et de poursuivre pour ses gages [2]. Et dans une cause de *Lafrance* v *Blain* [3], on a reconnu à la mère le même privilège dans le cas où le père est décédé. De même, M. le juge Pagnuelo, dans une cause de *Mastracula* v *Ryan* [4], a jugé que le père qui s'est engagé avec son fils mineur et qui a été renvoyé de service avec lui, peut prendre seul l'action en recouvrement des gages communs. D'autre part, on a

(1) *Allard* v *Wilcot*, 13 L. C. J., 28.

(2) *Coran* v *Sylvain*, 2 R. L., 736.

(3) 33 L. C. J., 12., Tellier J., 1888.

(4) 5 R. L., n. s., 418, 1899.

décidé dans les causes de *Coran* v *Sylvain* [2], et de *Renaud* v *Dussault* [3], que le père, non tuteur de son fils mineur, ne peut poursuivre pour les gages de ce dernier, à moins qu'il n'ait lui-même loué les services de son enfant.

Le montant des gages dus ne change rien au droit du mineur de poursuivre. L'article 304, dans sa rédaction primitive, ne permettait d'intenter que les actions n'excédant pas cinquante piastres. L'amendement fait par l'acticle 5789 des Statuts Refondus de Québec a mis de côté cette restriction.

92. L'article 304 ajoute que " le mineur de quatorze ans peut aussi, avec l'autorisation du juge, intenter seul toutes autres actions découlant du contrat de louage de ses services personnels". S'il est raisonnable de permettre au mineur de poursuivre, sans le secours d'un tuteur, le recouvrement des gages dont il peut avoir un besoin immédiat pour sa subsistance, il ne l'est pas moins de mettre une restriction à l'exercice des actions de nature plus compliquée qui peuvent découler du contrat de louage de services, telles que les actions en dommages pour renvoi de service, ou autres. Le juge, à qui demande est faite de permettre la poursuite, est en position d'examiner si l'action est sérieuse et bien fondée, *prima facie*, et de protéger le mineur contre lui-même en refusant l'autorisation, s'il croit la poursuite futile ou trop risquée.

Il est évident que si le mineur peut ici poursuivre, il ne peut cependant pas être poursuivi seul, même si on demandait au juge de l'autoriser à se défendre. Ce serait aller au delà des termes clairs de l'article 304 et déro-

(2) Déjà citée , p. 91.

(3) 6 Q. L. R., 259.

ger à la disposition de l'article 290 qui fait du tuteur le représentant du mineur dans tous les actes civils.

Ajoutons que le droit du tuteur de poursuivre pour son pupille ne lui est pas enlevé par la permission donnée, par l'article 304, au mineur de quatorze ans. Les arrêts que nous venons de citer le démontrent.

§ II—DU MINEUR COMMERÇANT

93. En vertu de l'article 323 C. C., le mineur qui fait commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce. En France, l'article 481 C. N., exige que le mineur, pour faire le commerce, ait été préalablement émancipé. L'émancipation n'est pas requise dans notre droit : c'est la doctrine de l'ancien droit que nos codificateurs ont adoptée. L'Ordonnance de 1673, tit. 1, art. 6, disait : " Tous négociants et marchands, en gros et en détail, comme banquiers, seront réputés majeurs pour le fait de leur commerce et banque, sans qu'ils puissent être restitués sous prétexte de minorité ". Les Pandectes Françaises, tit. 4, disent que c'est par erreur de rédaction que le mot " émancipé " s'est glissé dans l'article 481 du code Napoléon. [1]

Le mineur commerçant est absolument dans la position d'un majeur ; il est capable des droits d'un majeur, il en a les obligations : il peut donc poursuivre et être poursuivi seul, mais seulement pour les faits relatifs à ce commerce. Pour tout ce qui ne se rapporte pas à son négoce, il est mineur tout simplement, et c'est son tuteur qui le représente en justice.

(1) Cette question est très bien étudiée par Me Louis-J. Loranger, docteur en droit, dans un article publié au vol. 2 R. L., n. s., p. 288.

94. Le droit de plaider paraît avoir toujours été reconnu au mineur commerçant par nos tribunaux.

Dans la cause de *Donais* v *Côté* [1], il a été décidé qu'un mineur marchand peut être poursuivi et être condamné pour les dettes contractées par lui pour le fait de son commerce, sans qu'il soit besoin de lui faire nommer un tuteur, tel mineur étant à l'égard de son commerce réputé majeur. Et dans la cause de *The City Bank* v *Lafleur* [2], il a été jugé qu'un mineur peut être poursuivi sur un billet signé par lui en paiement de marchandises achetées pour son commerce. Ces deux décisions, de même que celle de *Normandin* v *Daigneault & Picard*, [3] font l'application pure et simple d'une règle claire.

Mais on est allé plus loin et l'on a permis de poursuivre un mineur commerçant, même pour sa pension [4], et, dans ce cas, de l'assujettir au *capias ad respondendum* [5]. On a encore décidé que le mineur qui loue une boutique pour y exercer son métier de barbier-coiffeur est réputé majeur et peut être poursuivi en recouvrement du loyer dû en vertu de ce bail [6].

Cette large interprétation de l'article 323 est certainement très raisonnable. Ce ne serait plus protéger le mineur commerçant que d'ajouter aux obstacles que la concurrence met déjà sur son chemin. Le besoin d'expédier promptement les affaires ne permet pas de s'enquérir minutieusement de la capacité de ceux avec qui

(1) 5 L. C. R., 193.
(2) 20 L. C. J., 131.
(3) 11 R. J. O., C. S., 322.
(4) *Browning* v. *Gale*, 6 L. C. J., 251.
(5) *Yule* v *Wales*, 12 L. C. R., 292.
(6) *Voyel* v *Pelletier*, 13 L. N., 107.

on traite tous les jours. Et si les créanciers du mineur commerçant devaient, avant de le poursuivre, remplir la formalité de la nomination d'un tuteur, ce serait entraver grandement les moyens que celui-ci prend de gagner sa vie. Au reste, la capacité du mineur commerçant reçoit une définition plus complète, si, aux dispositions de l'article 323 on ajoute celle de l'article 1005 : Le mineur banquier, commerçant ou artisan, n'est pas restituable pour cause de lésion contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art ou métier.

Nous ne connaissons pas de décision rapportée, où le droit de poursuivre ait été reconnu ou discuté au mineur commerçant. Mais c'est un principe certain que, s'il est réputé majeur, son droit d'ester en justice existe aussi bien en demandant qu'en défendant. Il est donc très étrange qu'en 1899, dans la cause de la *Compagnie Cassidy* v *Legouffe & Legouffe* [1], un juge ait décidé qu'un mineur non assisté de son tuteur ne peut agir seul et en son nom à l'effet de réclamer, par opposition, la propriété des effets de son commerce. Cet arrêt isolé ne nous paraît pas interpréter l'article 323, mais l'ignorer.

§ III—DE L'INSTITUTEUR

95. La loi de l'Instruction publique crée un cas analogue à celui du mineur commerçant. La section 221 dit : Quand un instituteur n'a pas atteint l'âge de majorité, son engagement est néanmoins valable à toute fin, et il peut poursuivre et être poursuivi, comme s'il était majeur, pour tout ce qui concerne cet engagement.

(1) 6 R. de J., 103.

L'instituteur n'est pas réputé majeur *pour tous les faits relatifs à sa profession* : il n'est ici question que de l'engagement. On ne peut donc pas, suivant nous, poursuivre un instituteur mineur pour sa pension ou son logement, à moins que l'action ne découle du contrat d'engagement. Avec cette restriction, on peut dire que les principes sur la capacité du mineur commerçant s'appliquent à celle de l'instituteur.

Dans une cause que nous ne croyons pas rapportée [1], M. le juge en chef Casault, à Québec, a décidé, en novembre 1901, qu'une institutrice mineure peut poursuivre les commissaires d'écoles en dommages-intérêts pour renvoi d'office et refus de se conformer aux clauses du contrat d'engagement.

SECTION II

Des cas où le mineur ne peut plaider que par son tuteur

§ 1er—ÉTENDUE DE L'INCAPACITÉ DU MINEUR NON ÉMANCIPÉ

96. En principe, le mineur de vingt-et-un ans est incapable d'ester en justice, en demandant ou en défendant, sous quelque forme que ce soit. N'ayant pas le libre exercice de ses droits, il doit être représenté ou assisté de la manière fixée par les lois qui règlent sa capacité. S'il n'est pas émancipé, il doit être représenté par son tuteur. S'il est émancipé, il doit être assisté de son curateur, sauf les cas d'exception.

(1) *Gravel* v *La Commission scolaire du Château-Richer*, C. S., No 1417.

L'incapacité générale du mineur, nous l'avons vu, est établie en sa faveur et seulement dans son intérêt. Les actes juridiques qu'il fait ne sont donc pas nuls par cela seul qu'ils sont passés par un mineur. Nous croyons que ce principe doit être suivi aussi bien quand il s'agit d'actes judiciaires que pour les actes extrajudiciaires. S'il en est ainsi, la position du mineur seul dans une instance judiciaire, sera bien différente de celle de l'interdit pour démence et de la femme mariée. Cependant, si l'on excepte les cas mentionnés dans la section précédente, il faut dire qu'en principe, le mineur non émancipé, n'a jamais la capacité de plaider. Et s'il figure dans une instance, comme demandeur ou comme défendeur, l'action est de ce chef non recevable. Cette règle découle trop clairement des textes de notre code pour qu'il soit besoin d'y ajouter de longs commentaires. Nos tribunaux n'ont eu que rarement à la discuter.

Les causes le plus récemment rapportées nous paraissent être : celle dans la cause de *Campetti* v *Mayer* [1], où M. le juge Loranger déclare nulle l'assignation d'un mineur, sans qu'il soit représenté par son tuteur, et celle dans la cause de *Beaudet* v *Bédard* [2], où M. le juge Routhier, en 1898, a aussi décidé qu'une action dirigée contre le mineur seul doit être renvoyée sur exception à la forme. " Il y a, dit le savant juge, une différence essentielle entre la capacité de contracter et celle d'ester en justice. Le mineur peut contracter dans certains cas valablement...Il en est autrement quand il s'agit d'ester en justice ; il ne peut le faire sans l'assistance de son tuteur [3]. Dans la présente cause on ne soulève pas la validité du contrat, mais bien celle de la capacité

(1) 15 R. J. O., C. S., 198.

(2) 14 R. J. O., C. S., 522.

(3) Le mot " assistance " du tuteur attire une remarque, V. No 102.

du défendeur d'ester en justice. En France, on décidait autrefois dans les pays de droit écrit que le mineur pouvait se défendre seul, mais non pas poursuivre. Dans les pays coutumiers comme le nôtre, avant l'existence du code, c'était différent. Le défendeur aurait dû être poursuivi avec son tuteur [1], et partant l'action prise contre le mineur seul doit être renvoyée, sauf à se pourvoir ".

Dans une cause de *Morgan* v *LeBouthillier* [2], M. le juge Caron a décidé que le mineur ne peut être poursuivi en son nom, même en recouvrement du prix d'objets nécessaires à sa subsistance. Et la même chose a été décidée dans la cause de *Cooper* v *McDougall* [3]. Cependant il y a une décision du juge Monk, qui aurait permis l'action, dans un cas analogue [4].

En 1898, M. le juge Mathieu a décidé que le mineur ne peut pas être poursuivi en recouvrement de dommages-intérêts résultant de son délit ou quasi-délit [5]. Et M. le juge Archibald a décidé, en 1899, que non seulement le mineur ne peut pas intenter une action ni y défendre, seul, mais qu'on ne peut pas même invoquer contre lui des aveux qu'il aurait pu faire sans son tuteur [6].

Dans une cause de *Boucher* v *Girard* [7], on a décidé qu'il ne suffit pas de plaider minorité à une action sur

(1) Le savant juge a sans doute voulu dire : "L'action aurait dû être prise *contre* le tuteur." V. No 102.

(2) 5 Q. L. R., 212.

(3) 4 L. C. R.,224.

(4) *Thibaudeau* v *Magnan*, 4 L. C. J., 146, 1860.

(5) *McLaughlin* v *Leduc*, 4 R. L., n. s., 456.

(6) *L'Ecuyer* v *Felx*, 16 R. J. O., C. S., 194.

(7) 20 L. C. J., 134.

un billet promissoire, consenti par un mineur, mais qu'il faut plaider lésion. Et l'on a cité cet arrêt, en faveur du demandeur, dans la cause, rapportée plus haut, de *Beaudet* v *Bédard*. Mais il paraît n'y avoir été question que de la validité de l'engagement, et non du droit de plaider. De même, dans l'autre arrêt [1], cité dans cette même cause, on plaidait minorité à l'époque de la signature du billet, non pas au moment de l'institution de l'action.

97. Puisque l'incapacité du mineur d'ester en justice est, comme les autres incapacités légales dont il est frappé, établie uniquement en sa faveur, et n'est partant que relative, les actes judiciaires faits par lui ne sont pas absolument nuls. Et une instance judiciaire où figure un mineur n'est pas nécessairement invalide, aussi longtemps qu'elle n'a pas été annulée par le tribunal. Ceci nous amène à examiner la question de savoir quand et comment doit être invoquée cette incapacité.

Le mineur est demandeur : —

98. Peut-il, au cours de l'instance, invoquer sa propre incapacité et refuser de continuer les procédures ? Nous croyons qu'il faut soutenir l'affirmative. La loi enlève au mineur le droit de plaider pour l'empêcher de se ruiner ; il doit donc lui être permis de renoncer à courir ce risque, sans attendre qu'il ait gaspillé son avoir à faire des frais considérables. Il faudrait suivre la négative cependant, si, le mineur ayant atteint sa majorité au cours du procès, il a continué les procédures, étant majeur, et a ainsi ratifié ce qu'il a fait alors qu'il était incapable (Article 1008 C. C.). Sans cette ratification, il peut, croyons-nous, s'il

(1) *Cantin* v *Pelletier*, 1 R. L., 46.

est encore mineur, simplement abandonner l'instance en faisant connaître sa minorité, et, s'il est devenu majeur, déclarer qu'il renonce aux procédures faites. Cette question n'est pas sans intérêt, puisque la déclaration d'un mineur que, vu sa minorité il abandonne la cause, n'aura pas la même conséquence qu'un désistement ordinaire. L'adversaire ne pourra pas obtenir de frais contre lui.

99. Quant au défendeur, dans une action prise par un mineur, il lui est certainement possible d'échapper à ce qui paraît être une injustice. Pour invoquer l'incapacité du mineur et faire déclarer l'action non recevable, deux moyens sont à sa disposition. Il peut d'abord dénoncer l'état de minorité de son adversaire par une simple déclaration, comme nous verrons plus loin [1] que le mineur défendeur peut le faire. C'est la seule procédure rationnelle, à notre avis. On admet aussi, en jurisprudence, qu'il y a lieu d'appliquer l'article 174 du code de procédure et que le défendeur peut demander congé de l'assignation par le moyen de l'exception à la forme. Nous faisons une réserve. Sans entrer dans des détails que nous donnerons en étudiant le cas du mineur défendeur, nous devons indiquer cette proposition : maintenir l'exception, c'est reconnaître la validité d'une procédure faite contre un incapable. Soulever un moyen de forme, n'est-ce pas là plaider ? n'est-ce pas rendre le mineur partie à un contrat judiciaire par lequel il sera lésé ? A notre avis, l'exception à la forme doit avoir seulement l'effet de la déclaration de minorité faite sans plaidoyer : elle fera prononcer l'action non recevable. Mais elle-même ne pourra être maintenue. Cela devient une question de frais. Pour être condamné à payer les dépens sur l'exception, il

(1) No 100.

faudrait que le mineur fût représenté légalement dans cette instance comme dans toute autre. Nos tribunaux admettent une théorie différente.

Que faut-il décider dans le cas où le défendeur, négligeant ces deux moyens, a lié contestation avec le mineur ? Nous croyons qu'alors il est censé assumer le risque d'un débat avec un incapable, dont l'incapacité en définitive n'est pas absolue, et qu'il ne peut plus invoquer ce défaut de capacité.

A tout évènement, l'exception ne peut plus être proposée si le mineur qui a intenté, seul, une action qui devait être intentée par son tuteur, est devenu majeur et continue la poursuite : elle peut l'être seulement tant que l'incapacité subsiste [1].

Le mineur est défendeur : —

100. Les principes que nous venons d'exposer font voir que celui qui poursuit un mineur ne peut subséquemment invoquer lui-même l'incapacité dont est frappé son adversaire. Pour abandonner le litige, il n'y a que la procédure du désistement avec sa conséquence ordinaire, quant aux frais.

D'autre part, non seulement le mineur poursuivi a le recours de l'exception à la forme, mais il peut invoquer son incapacité en tout état de cause. Ajoutons: même après jugement, puisque la loi lui accorde le recours de la requête civile s'il n'a pas été défendu ou s'il ne l'a pas été valablement. Et même, le juge Mondelet, dans une cause de *Chalifoux* v *Thouin* [2], a décidé qu'une action intentée contre un défendeur, mineur lors

(1) Il y a en ce sens un arrêt de M. le juge Mathieu *Pelletier* v *Lamb*, 17 R. L., 676.

(2) 2 L. C. J., 187.

de l'émission du bref, mais majeur lors de la signification, doit être renvoyée sur exception à la forme.

Nous croyons qu'il suffit au mineur poursuivi de produire une déclaration de minorité. " Un mineur poursuivi en justice pour le prix d'un immeuble peut faire remarquer à la cour qu'il est mineur, sans le plaider formellement et, dans tel cas, l'action sera déboutée, et cela même sans avoir plaidé minorité " [1].

101. Nous avons dit que le mineur peut opposer l'exception à la forme. C'est l'interprétation que la jurisprudence fait de l'article 174 du code de procédure : " Le défendeur peut invoquer par exception à la forme, lorsqu'ils lui causent un préjudice, les moyens résultant de l'incapacité du demandeur ou du défendeur ". Cette disposition seule est en effet très claire. Mais permettre à un mineur de proposer une exception en réponse à une action, c'est lui permettre de venir figurer, sans représentation, dans une instance judiciaire ; c'est lui reconnaître le droit d'ester en justice, au moins pour demander congé de l'assignation. Or le mineur n'a pas le libre exercice de ses droits ; dans tous les actes civils, c'est son tuteur qui le représente. Et l'article 78 du code de procédure dit : " Ceux qui n'ont pas le libre exercice de leurs droits doivent, pour ester en justice, être représentés. . . " N'est-il donc pas plus logique de déclarer qu'il n'a pas même la capacité de faire une exception à la forme ? Des formalités rigoureuses sont inhérentes aux exceptions préliminaires, le code exige un dépôt, et une erreur dans les délais de signification ou de présentation peut vicier fatalement la procédure ; ce moyen est donc très dangereux et en l'employant, le mineur, qui légalement ne peut être lésé par ses con-

(1) *Bousquet* v *Rousseau*, 2 L. N., 59.

trats même judiciaires, expose ses intérêts à un préjudice sérieux.

Nous ne prétendons pas que l'exception produite par le mineur seul, devrait être déclarée nulle de plein droit, mais simplement, que le demandeur devrait pouvoir demander qu'elle fût déclarée non recevable. C'est pour lui d'un grand intérêt. En effet, la contestation qui est soulevée par une exception à la forme en est une comme une autre. Elle peut exiger, avant d'être vidée, une enquête, et des frais que, fatalement, il ne pourra recouvrer du défendeur.

Nous avons dit déjà que le demandeur ne pouvait invoquer l'incapacité du mineur qu'il poursuit. S'il y a contradiction apparente avec la proposition soutenue maintenant, elle n'est pas réelle. Car ici c'est le mineur lui-même qui invoque sa propre incapacité. Il nous paraît raisonnable de soutenir qu'il ne peut faire cet acte civil et ester de cette sorte en justice que de la manière fixée par la loi, c'est-à-dire, par le tuteur qui le représente. Le mineur aura ainsi quand même le bénéfice de l'exception à la forme et pourra empêcher un jugement d'être prononcé contre lui. Seulement, c'est le tuteur qui interviendra pour son pupille et qui fera l'acte civil dont celui-ci est incapable.

Nous le répétons, les juges paraissent être d'un avis contraire, puisque les exceptions à la forme proposées par les mineurs eux-mêmes sont reçues. Nous avons cependant entendu M. le juge Andrews déclarer qu'il maintenait de pareilles exceptions uniquement pour se soumettre à l'opinion généralement admise au Palais, et que c'était aussi le sentiment de M. le juge en chef Casault.

Une action est intentée contre un mineur, celui-ci invoque sa propre incapacité. L'action doit-elle être nécessairement déclarée non recevable ? On a décidé que non. M. le juge Pagnuelo, dans la cause de *Garaud* v *Denis* [1], a décidé que, dans ce cas, il peut être accordé au demandeur du délai pour faire nommer un tuteur au défendeur. Mais nous verrons, en examinant le rôle du tuteur, si le demandeur a un intérêt réel à obtenir ce délai, et s'il n'est pas tenu de prendre une nouvelle action [2].

§ II—DES POUVOIRS DU TUTEUR QUANT AU DROIT DE PLAIDER DE SON PUPILLE

102. Le mineur n'ayant pas l'exercice libre de ses droits doit être représenté pour ester en justice. C'est le principe général déjà posé, et les cas où le mineur agit seul légalement, sont des cas exceptionnels. Si donc un mineur se trouve dans un procès en son propre nom, il faut, pour que l'action soit recevable, qu'il apparaisse, au dossier même, qu'il s'agit d'un des cas spécialement prévus par la loi, où la représentation n'est pas requise. En dehors de ces exceptions, ce n'est pas le mineur, mais son tuteur qui agit en justice. Il est question ici du mineur non émancipé. Nous verrons, dans la section suivante, comment l'émancipation modifie la condition du mineur.

La tutelle de notre droit, comme celle du droit français, diffère considérablement de la tutelle romaine. En droit romain, le pupille sorti d'enfance passait ses actes civils en son propre nom, le tuteur se bornant à l'autoriser ; tandis que, chez nous, le tuteur représente

(1) 2 R. de P., 389.

(2) Voir No 102 *in fine*.

le mineur dans tous les actes civils : il est donc son mandataire légal. " Notre législation est plus en harmonie avec la réalité des choses. Pourquoi le mineur a-t-il un tuteur ? Parce qu'il est incapable. S'il est incapable à quoi bon le faire figurer dans les actes qui l'intéressent ? C'est une pure fiction et le droit français n'aime pas les fictions " [1].

Le tuteur n'*autorise* point, n'*assiste* point le pupille ; il le *représente*, c'est-à-dire qu'il joue le rôle du pupille, il figure seul au procès où il lui suffit d'indiquer qu'il agit non pas pour lui-même mais en sa qualité de représentant du mineur incapable. En d'autres termes, le rôle du tuteur n'est pas seulement de compléter la capacité du mineur, mais de se substituer au mineur dans les actes judiciaires ou extrajudiciaires qui l'intéressent.

Il est facile de constater, par exemple, dans nos recueils de décisions judiciaires, que l'on confond souvent la *représentation* avec l'assistance ou *l'autorisation*. La propriété des termes est d'une grande importance. Ainsi, dans la cause de *Beaudet* v *Bédard* [2], on fait dire au juge que le mineur ne peut être poursuivi sans l'assistance de son tuteur et que celui-ci aurait dû être mis en cause. C'est une erreur évidente. L'action n'aurait pas été recevable même dans ce cas, puisque le tuteur n'a pas le droit d'autoriser son pupille à ester en justice, non plus que de l'assister. Encore une fois, c'est lui, le tuteur, et lui seul, qui attaque et qui défend.

De même, quant à la cause de *Garaud* v *Denis* [3], il nous paraît que le délai accordé au demandeur pour

(1) Laurent, IV, No 365.

(2) No 96, p. 97.

(3) No 101.

faire nommer un tuteur au défendeur qui plaide minorité, ne peut légalement être utile. Le tuteur, une fois nommé, il faudra l'assigner personnellement en cette qualité. Il ne peut pas, en effet, être tout simplement mis en cause pour assister son pupille dans sa défense. Est-ce qu'une action dirigée illégalement contre un individu peut servir à en assigner un autre, comme partie défenderesse à la place du premier? Il faudrait répondre affirmativement à cette question pour donner effet légal au jugement cité.

103. Le tuteur, naturellement, ne peut agir pour son pupille que s'il a rempli les conditions requises pour lui donner qualité de mandataire légal. L'article 291 du code civil dit qu'avant de s'immiscer il doit prêter serment. Tant qu'il n'a pas prêté serment, il ne peut donc pas représenter le mineur. Il existait autrefois une autre condition préalable au droit de représentation du tuteur. Avant l'amendement fait par l'article 5789 des statuts refondus à l'article 304 du code civil, aucune action portée par le tuteur ne pouvait être maintenue s'il ne justifiait de l'enregistrement préalable de l'acte de tutelle. On décidait cependant que le défaut d'enregistrement devait être plaidé spécialement, quand l'enregistrement était allégué [1]. Le défaut d'enregistrement entraînait pour le tuteur la condamnation personnelle aux frais de son action [2].

Aujourd'hui, il est évident que cet enregistrement n'a plus besoin d'être allégué ni prouvé [3]. Et tout ce qu'il faut pour rendre recevable l'action du tuteur assermenté,

(1) *Poissant* v *Barette*, R. A. C., 570.

(2) *Tremblay* v *Castonguay*, 12 L. N., 370.

(3) *Bédard* v *Letendre*, 7 R. L., 391, Loranger J., 1876.

c'est qu'il allègue sa qualité et produise, avec son action, l'acte de tutelle [1].

Le tuteur doit donc avoir été régulièrement nommé. S'il y en a deux, chacun ne représente le mineur et ne doit agir pour lui que dans les actions qui concernent les biens commis à sa charge (Article 264 C. C.).

104. Ajoutons qu'il y a une tutelle légale créée par l'article 5504 des statuts refondus : celle des enfants trouvés des institutions suivantes : l'Hôtel-Dieu-du-Précieux-Sang et l'Hôpital-Général de Québec, l'Hôpital-Général de Montréal et toute institution qui reçoit des enfants trouvés dans le district de Trois-Rivières. Les commissaires nommés par le gouvernement pour surveiller ces institutions sont les tuteurs légaux des enfants trouvés ; ils ont les pouvoirs d'un tuteur ordinaire, et ils peuvent ester en justice pour leurs pupilles.

105. La tutelle a pour objet de couvrir l'incapacité du mineur. Le tuteur est le représentant du mineur pour tous les actes civils, d'après l'article 290 du code civil qui ajoute : Il administre ses biens en bon père de famille. C'est plus qu'un simple administrateur pour certains pouvoirs. Le plus important peut-être de ces pouvoirs est celui d'intenter *toutes* les actions appartenant au mineur (304 C. C.).

Notre droit diffère, sur cette matière, du code Napoléon. L'article 464 C. N. défend expressément au tuteur d'introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur ; il lui faut, pour le faire, l'autorisation du conseil de famille. " En général, dit Magnin [2], on considère les droits immobiliers des mineurs comme

(1) *Lees* v *Scott*, 1 R. de L., 350.

(2) I, *Traité des minorités*, p. 552.

les plus importants de leurs actions. La loi en parle dans toutes les dispositions relatives aux incapables avec une préférence toute particulière. Pourquoi ? Est-ce que leurs actions relatives aux droits mobiliers ne sont pas aussi intéressantes pour eux que les actions relatives aux droits immobiliers ? Cette sauvegarde n'est-elle pas aussi utile dans une action que dans l'autre ? Seraient-ils donc plus malheureux d'être ruinés par l'imprudence, par l'erreur ou la fraude dans une action immobilière que dans une action mobilière ? Telle est cependant la prédilection que les lois ont introduite, sur cette matière, dans les affaires judiciaires, dont l'impulsion législative exerce une influence considérable sur les décisions de la jurisprudence".

Les codificateurs, rejetant cette doctrine du code Napoléon, ont adopté celle qu'enseignait Pothier et que l'ancienne jurisprudence française et la nôtre confirmaient. Ainsi il faut dire, dans notre droit, qu'en principe le tuteur peut intenter, seul, toutes les actions qui appartiennent au mineur et y défendre.

Notre article 304 du code civil en accordant sans réserve au tuteur le droit d'agir en justice pour toutes les actions du mineur lui confère un pouvoir très grand et plein de conséquences graves pour le mineur. Si cette faculté n'est pas sans danger, elle a, d'autre part, l'avantage de faire disparaître l'inconvénient sérieux d'un conflit d'opinions entre le pupille et le tuteur. En outre, la cour peut toujours protéger jusqu'à une certaine limite l'intérêt du mineur, et celui-ci est garanti, par le recours de la requête civile, contre la fraude du tuteur.

106. Il y a, à la règle posée, une exception énoncée par l'article 305 du code civil : le tuteur ne peut provo-

quer le partage définitif des immeubles du mineur. Le tuteur intente les actions immobilières du mineur et y défend, sauf l'action en partage qu'il ne peut intenter, mais à laquelle, aux termes du même article, il peut répondre même sans autorisation. Cette dernière disposition, comme le dit M. Mignault, n'était pas nécessaire, la défense étant libre dans ce cas comme dans les autres.

Quant à l'action en partage des meubles, le tuteur peut l'intenter, en vertu de ses pouvoirs généraux et de plus en vertu de l'article 691 du code civil, qui le lui permet expressément quant aux meubles d'une succession, ainsi que l'action en partage provisionnel seulement des immeubles de cette succession. Il a même été décidé qu'un tuteur peut poursuivre et provoquer le partage des biens d'une succession, même lorsqu'il allègue qu'il y a des immeubles dans cette succession [1]. Mais cet arrêt va peut-être un peu loin, vu la défense formelle de l'article 305.

La cour d'appel, en 1875, a jugé que le tuteur dûment autorisé, peut reprendre l'instance dans une action en partage, intentée par les auteurs de son pupille [2]. Comme l'a dit le juge en chef Dorion, "The doctrine that a tutor cannot provoke a partage is, no doubt, correct: but these articles merely apply to a commencement of suit and not to a *reprise d'instance.* On these grounds the articles 305 and 691 do not apply."

L'autorisation du juge, lorsqu'elle est requise, ne peut être accordée que sur avis du conseil de famille [3].

(1) *Bédard* v *Letendre*, 7 R. L., 391, Loranger J., 1876.

(2) *Cutting* v *Jordan*, 19 L. C. J., 139.

(3) *Ex parte* Raymond, 7 R. de J., 342, 1899, Taschereau J.

107. Le droit du tuteur d'intenter les actions du mineur et d'y défendre implique celui de faire, en règle générale, toutes les procédures qui peuvent se présenter au cours du procès. Il faut cependant tenir compte des restrictions apportées au pouvoir du tuteur quant à l'aliénation des immeubles de son pupille (Art. 297 C. C.).

108. Il ne peut, sans autorisation de justice, aliéner un immeuble; il ne peut donc faire, sans autorisation, un acte de procédure qui constituerait une aliénation de cette nature. Ainsi dans la cause de *Tacké* v *Levasseur*[1], on a jugé que le tuteur ne peut produire, sans autorisation, un plaidoyer de *dégrèvissement* dans une action hypothécaire. D'ailleurs ce plaidoyer est un abandon direct de l'immeuble et l'on peut se demander si c'est réellement un acte de procédure proprement dit.

Dans le même ordre d'idées se présente la *transaction*, qui est un contrat par lequel les parties terminent un procès déjà commencé, ou previennent une contestation à naître, au moyen de concessions ou de réserves faites par l'une des parties ou par toutes deux (1918 C. C). Puisqu'aux termes de l'article 1919, ceux-là seuls qui ont la capacité légale de disposer des objets compris dans la transaction peuvent en transiger, il convenait de refuser au tuteur ce droit de disposition. Aussi l'article 307 dit-il que le tuteur ne peut transiger au nom de son mineur qu'après y avoir été autorisé par le tribunal, le juge ou le protonotaire, sur avis du conseil de famille. Ajoutons que, vu la généralité des termes de ces articles, le tuteur ne peut pas plus transiger sur les droits mobiliers que sur les droits immobiliers du mineur.

Par analogie, nous croyons que le tuteur ne peut,

1 3 R. de L., 38.

sans autorisation, *acquiescer* à une demande judiciaire dirigée contre lui en cette qualité. Il lui faut pour cela l'autorisation du juge. La loi lui permet de défendre en justice les droits du mineur, non pas de les sacrifier. Même défense quant à l'*aveu* par le tuteur sur des actes étrangers à sa gestion. L'aveu est en effet un acte de disposition [1].

Le tuteur ne peut pas non plus consentir à un *bornage* à l'amiable [2].

Le tuteur peut défendre à une action en partage des immeubles du mineur ; peut-il acquiescer à cette action ? Il lui faut, pour le faire, l'autorisation du juge sur avis du conseil de famille.

109. Appel. Enfin le droit du tuteur de plaider seul s'éteint par le jugement rendu par la cour devant laquelle l'instance a commencé. Le tuteur, dit l'article 306, ne peut appeler d'un jugement qu'après y avoir été autorisé par le juge ou le protonotaire, sur avis du conseil de famille. Conformément à cette disposition, l'appel a été refusé à un tuteur dans une cause de *Bessener* v *De Beaujeu* [3].

Cette question est fort débattue en France, où le code n'a pas d'article semblable au nôtre. La raison de cette restriction aux pouvoirs du tuteur est sans doute que l'appel est une nouvelle instance, plus coûteuse encore que la première, et qu'il y a présomption, après un premier jugement défavorable, que le mineur a tort. Et l'on peut dire avec raison que le tuteur qui a réussi en première instance, n'a pas besoin de se faire autoriser

(1) I Aubry et Rau, p. 466 ; V, Laurent, No 54.

(2) *Parent* v *Parent*, 21 R. L., 214, cour d'appel, 1883.

(3) 16 L. C. J., 224.

pour se défendre sur l'appel pris par son adversaire. Il lui est défendu d'appeler, non pas de répondre à un appel. Cette défense s'applique néanmoins à tous les appels, que le jugement soit interlocutoire ou final.

L'appel par le tuteur n'est pas recevable. Mais ce n'est pas tant en raison de son défaut de capacité, qu'à cause de l'absence d'une formalité préalable que la loi l'oblige à remplir : l'autorisation. Aussi, dans le cas où le tuteur interjette appel sans se faire autoriser, on trouve juste de ne pas sacrifier les intérêts du mineur à la négligence de son tuteur, l'on surseoit avant de prononcer le renvoi de l'appel, afin d'obtenir l'autorisation prescrite. C'est ainsi que la cour d'appel, en 1889, a ajourné la cause au terme suivant et permis au tuteur d'obtenir l'autorisation dans l'intervalle, puis de la produire, en le condamnant aux frais de la motion demandant le renvoi de l'appel [1].

Il est surperflu d'ajouter que l'appel, comme l'action, est pris par ou contre le tuteur seul, ès qualité, et non pas par ou contre le pupille.

Le tuteur n'ayant pu inscrire en appel sans autorisation, a besoin de cette même autorisation pour se désister valablement de cet appel.

110. Cette défense d'appeler à laquelle est sujet le tuteur, est une restriction à son droit de porter en son nom toutes les actions du mineur. Elle doit donc être interprétée, comme toutes les exceptions, restrictivement. Et l'on enseigne que l'*opposition à jugement*, la *requête civile* et la *tierce opposition*, qui ne sont pas des appels, sont de la compétence du tuteur.

L'inscription en revision est permise au tuteur

(1) *Laforce* v *La Cité de Sorel*, 6 M. L. R., Q. B., 109.

sans autorisation. La cour de revision, c'est encore la cour supérieure. Ce n'est pas une cour d'appel exerçant comme telle une juridiction propre, le jugement qu'elle rend est toujours le jugement de la cour supérieure; la seule différence, c'est qu'ici elle siège comme cour de revision et qu'elle est présidée par trois juges au lieu d'un. C'est là la doctrine confirmée par la cour de revision dans une cause de *Barrette* v *Lallier & Major* [1]

§ III—PERSONNE AUTRE QUE LE TUTEUR NE PEUT REPRÉSENTER LE MINEUR EN JUSTICE

111. Ce principe est une application de l'article 81 du code de procédure qui défend de plaider avec le nom d'autrui et qui reconnaît le droit de plaider ès qualité à ceux-là seuls qui représentent les incapables. Or le seul représentant légal du mineur non émancipé c'est son tuteur (art. 290 et 304 C. C.).

Notre jurisprudence a cependant établi des exceptions à ce principe. Cette jurisprudence est très ancienne; et en examinant les divers arrêts qui la constituent, on peut voir que de nos jours les tribunaux ne s'y soumettent guère qu'en protestant.

L'origine de cette dérogation à une disposition claire de la loi, introduite par les tribunaux chargés de l'appliquer, nous paraît être, d'une part, la confusion des droits distincts, créés par un même fait, en faveur du père et en faveur de l'enfant, et, d'autre part, pour le cas du tuteur *ad hoc*, la confusion des pouvoirs distincts de deux représentants légaux qui portent le même nom. Il faut ajouter qu'on a quelquefois attribué à la puissance paternelle une autorité qui appartient exclusivement à

(1) 3 R. J. O., C. S., 489.

la tutelle, et, enfin, que l'on s'est substitué au législateur pour créer ce qu'on a appelé un tuteur naturel.

Examinons ces diverses causes d'erreur et leurs effets.

1° Du père et de la mère.

112. Nous venons d'indiquer l'origine de la dérogation aux principes, faite en faveur du père ou de la mère du mineur. On a confondu chez le père les droits qui appartiennent exclusivement à son enfant avec les droits qui naissent, en faveur du père lui-même, du fait ou à l'occasion de son enfant. Le cas se présente, le plus souvent, soit quand il s'agit de réclamer des dommages-intérêts soufferts par un enfant mineur, soit dans les actions pour pension alimentaire de l'enfant et dans les actions en déclaration de paternité.

Nous n'insistons pas sur les deux principes que toutes les tutelles sont datives, dans notre droit, et que l'exercice des actions du mineur, sauf celles qu'il peut exercer lui-même, appartient au tuteur seul. Ces principes ont été méconnus par nos tribunaux, mais l'étude de cette jurisprudence nous montrera qu'il s'est élevé du sein de la magistrature même, de puissantes voix, qui ont protesté.

113. Quant au droit de la mère d'un enfant illégitime de réclamer du père une pension alimentaire pour l'enfant, la jurisprudence le lui a accordé, sans qu'elle se fasse nommer tutrice.

Les causes les plus récentes sont celles de *Gallagher* v *McEnroe* [1], décidée en 1899, par M. le juge Gill ; celle de *Crépault* v *Julien* [2], où la cour de revision

(1) 17 R. J. O., C. S., 204.
(2) 12 R. J. O., C. S., 308, 1897.

(Jetté, Loranger et Davidson, JJ.), a jugé " que la mère peut, sans être nommée tutrice à ses enfants mineurs, réclamer des aliments pour elle-même et pour eux, ce droit lui étant propre et personnel, et l'existence, le nombre et l'incapacité des enfants n'étant que la mesure de ce droit " ; et celle de *Thibault* v *Poitras* [1], décidée en 1897, par la cour de revision, à Québec, (Casault *diss.*, Caron & Andrews, JJ.). Dans cette cause une fille-mère poursuivait le père supposé de son enfant pour des aliments. Il n'était pas demandé de dommages par la mère, les conclusions ne demandaient pas non plus que le défendeur fût déclaré père de l'enfant. Le jugement de première instance (Pelletier J.) avait accordé une pension alimentaire. Ce jugement fut confirmé en revision par la majorité de la cour. M. le juge Andrews a cependant déclaré ce qui suit : " If I had to treat the question irrespective of the jurisprudence on the matter, the articles 304 C. C. and 19 C. P. C. (*art. 81 du nouveau code*), coupled with 240 C. C., " the forced or voluntary acknowledgment by the father or mother of their illegitimate child, gives the latter the right to demand maintenance from each of them " would seem to me to establish that such an action as the present belongs to the child and must be exercised by its tutor and by him only. But the jurisprudence is strongly the other way." Puis le savant juge cite des précédents et termine ainsi : " I do not feel at liberty to disregard this jurisprudence. I must submit to the ruling of the Queen's Bench in *Pownd* v *Kinsborough* [2]. If the jurisprudence is to be changed, I think the change should be effected by a court of last resort."

Nous partageons l'opinion de M. le juge en chef Ca-

(1) 13 R. J. O., C. S., 481.
(2) 4 Q. L. R., 11.

sault et nous ne pouvons mieux continuer l'étude de la question, telle qu'elle s'est présentée devant nos tribunaux, qu'en citant une partie de ses notes.

" L'article 240 du code civil, dit le savant juge en chef, ne donne qu'à l'enfant naturel, reconnu volontairement ou forcément, le droit de réclamer des aliments de son père et de sa mère. C'est à l'enfant que les aliments sont dus ; c'est par conséquent lui qui doit les demander, et non un des auteurs de ses jours contre l'autre. Ils sont tous deux débiteurs *in solidum* des aliments auxquels l'enfant a droit. Ils sont relativement l'un à l'autre dans la position de débiteurs solidaires d'une dette. Comment accueillerait-on l'action du débiteur solidaire qui réclamerait de son codébiteur le paiement à lui-même de la dette qu'ils doivent solidairement à un tiers, sans l'avoir préalablement acquittée ? Je crois avoir démontré, dans la cause de *Mullin* ès qual. v *Bogie* [1], que les aliments ne sont dus qu'à l'enfant, qui seul peut les réclamer. Est-ce que la condamnation du défendeur au paiement d'aliments à la mère pour l'enfant, serait une réponse à la demande qu'en ferait l'enfant, et pourrait empêcher celui-ci de les obtenir ? Qu'arriverait-il dans ce cas ? Le père devrait-il satisfaire à deux jugements ? Supposons que la demanderesse qui est insolvable et poursuit *in forma pauperis*, n'emploie pas la somme qui lui a été accordée à elle-même en son nom à nourrir son enfant, celui-ci devra-t-il périr ou le défendeur être condamné à la payer deux fois ?

" Le jugement ne déclare pas même le défendeur père de l'enfant quoi que ce ne soit qu'à ce titre que le défendeur puisse devoir les aliments qu'il le condamne

(1) R. Q., 3 C. S., 34.

à fournir. Et il ne le pourrait pas sans accorder plus que ne demandaient les conclusions de l'action.

"Mon confrère, M. le juge Andrews... admet que les articles 304 et 240 du code civil, ne donnent l'action pour aliments qu'à l'enfant seul, et que, d'après ces articles, ils ne peuvent être réclamés que par son tuteur. Mais il croit devoir se soumettre à une jurisprudence contraire.

"Comme je l'ai dit dans la cause de *Mullin* ès qual. v *Bogie*, l'ancienne jurisprudence française permettait à la mère majeure, la recherche de la paternité de son enfant. La lui permettant, la mère n'avait pas besoin de se faire nommer nommer tutrice de son enfant pour lui obtenir des aliments. C'est ce qu'enseignaient Fournel [1], et Toullier [2], qui écrit que c'était de l'ancien droit. Il n'est pas étonnant que toutes les décisions antérieures au code civil aient fait l'application de cette règle de l'ancienne jurisprudence. Mais elles ne peuvent pas faire autorité, dans l'application des règles qu'a faites le code civil. Des décisions citées par mon confrère, celle dans *Mathieu* v *Létourneau* [3], était en 1821, celle dans *Coupal & Bonneau* [4], par la cour d'appel, était en 1865, de même que celle par le même tribunal et les mêmes juges dans *Patoille & Desmarais* [5]. Dans cette dernière cause, le *jugé* en tête du rapport porte que l'aïeul peut, sans être tuteur, porter l'action en déclaration de paternité, et obtenir des aliments tant pour le passé que pour l'avenir. Mais en référant au rapport, on y voit,

(1) *Traité de la Séduction*, p. 26.

(2) Vol. 2, No 937.

(3) Robertson's Digest, p. 177.

(4) 10 L. C. J., 189.

(5) 16 L. C. R., 189.

par ce que dit feu le juge en chef Duval, que le jugement n'a été confirmé que parce que les dommages et la pension accordée n'étaient qu'une compensation de ceux qui étaient soufferts par le demandeur qui était resté avec sa petite fille sur les bras, doctrine que le même tribunal composé des mêmes juges paraît avoir contredite dans la cause de *Taylor & Neil* [1], en infirmant le jugement qui les avait accordés au père pour la séduction de sa fille [2]. Les décisions subséquentes au code civil qui sont rapportées, sont celles de *Bilodeau* v *Tremblay* [3], en 1871, par feu les juges Meredith, Stuart et Taschereau ; dans *Giroux* v *Hébert* [4], par feu le juge Johnson, en 1874 ; dans *Kingsborough & Pownd* [5], par la cour d'appel, composée de feu les juges Dorion, Monk, Ramsay, Tessier et Cross, en 1878, et enfin celle dans *Cameron* v *Steele* [6], en 1887, par M. le juge Wurtele. En référant au rapport de la cause de *Turcotte* v *Nacke*, on y voit que feu le juge en chef Meredith admettait que le code civil avait entièrement changé le droit préexistant quant à la recherche de la paternité, et que feu le juge en chef Stuart, qui a concouru dans le jugement, devait par là même, partager cette opinion, et je puis affirmer, comme je l'ai fait dans la cause de *Mullin* ès qual. v *Bogie*, que si ces deux savants magistrats ont décidé en 1871, ce que comporte la note que l'on trouve dans le troisième volume de la R. L., 445, comme étant leur décision dans la cause de *Bilodeau* v *Tremblay*, ils avaient changé d'opinion en 1881.

(1) 13 Q. L. R., 195.

(2) 15 L. C. R., 102.

(3) 3 R. L., 445.

(4) 5 R. L., 439.

(5) 4 Q. L. R., 11.

(6) 11 L. N., 234.

" Je regrette d'être obligé de dire que la décision dans la cause de *Giroux* v *Hébert* me paraît être trop évidemment illogique pour créer un précédent qui puisse être invoqué. En effet, le juge y dit que la mère d'un enfant illégitime ne peut pas poursuivre en son nom, son séducteur, pour le faire déclarer père de l'enfant, sans qu'elle soit tutrice de l'enfant, ou jointe par un tuteur *ad hoc* Il refuse de déclarer le défendeur père de l'enfant, et néanmoins, il le condamne à payer à la mère, $150.00 de dommages, et $5.00 par mois, pendant cinq ans, et $8.00 par mois, pendant les neuf années suivantes pour la pension de l'enfant, paraissant oublier que les aliments de l'enfant ne sont dus que par son père ; ce que précisément le tribunal en première instance a fait en cette cause.

" C'est feu le juge Tessier qui a prononcé le jugement de *Kingsborough* v *Pownd.* Il admet que l'objection que la mère ne peut pas, sans être tutrice, poursuivre en déclaration de paternité et pour pension de l'enfant a quelque force, et que d'après les principes généraux, la mère qui avait été nommée tutrice pendant l'instance, eût mieux fait de se faire nommer tutrice avant de poursuivre, mais, s'appuyant de l'ancienne jurisprudence française, de l'autorité de Fournel, à la page susmentionnée, et qu'il cite au long, de celle de Toullier aussi susmentionnée, dont il transcrit un passage, et des décisions dans les causes de *Mathieu* v *Letourneau* et *Patoille & Desmarais,* toutes deux, comme je l'ai déjà dit, antérieures au code civil, et de celle de *Bilodeau* v *Tremblay,* il conclut au maintien de l'action pour la pension depuis l'institution de l'action. Ce précédent est encore l'application d'une jurisprudence ancienne, à laquelle on fait céder l'autorité du code civil.

" La cause de *Cameron* v *Steele* était par le père,

tuteur de la mère mineure, en déclaration de paternité, pour dommages résultant à la mère de sa séduction et pour pension de l'enfant. Le jugement renvoie la demande quant aux dommages pour séduction, n'étant pas prouvé que celle-ci eût été précédée de promesse de mariage ; mais il déclare le défendeur père de l'enfant, et le condamne à payer, au demandeur, jusqu'à la majorité de la mère et à celle-ci ensuite, $72.00 par année, jusqu'à ce que l'enfant ait atteint cinq ans, $84.00 par année de 5 à 7 ans, $96.00 de 7 à 14 ans, et $114.00 de 14 à 16 ans révolus. C'était permettre la recherche de la paternité au tuteur de la mère, et par là même à celle-ci, quand le code civil, article 241, ne la permet qu'à l'enfant. Cette erreur enlève à ce jugement toute l'autorité qu'on semble lui reconnaître. On peut ajouter que, sous ce rapport, il est contredit par le jugement dans *Giroux* v *Hébert*".

Dans la cause de *Beaudry* v *Starnes* [1], il a été jugé : Lorsque l'épouse est forcée par les mauvais traitements de son mari de vivre séparée de lui, elle peut prendre contre lui une action pour pension alimentaire, tant pour elle-même que pour les enfants qui sont à sa charge, sans avoir été nommée tutrice de ses enfants mineurs.

114. Il n'y a pas de tutelle légale dans notre droit, et le père ne représente pas son enfant dans les actes civils. Si, en doctrine du moins, le père ne peut intenter l'action pour pension alimentaire due à son enfant, il est néanmoins évident qu'il peut poursuivre en recouvrement de dommages-intérêts par lui soufferts à l'occasion de son enfant. Ainsi des paroles injurieuses ont été dites à l'adresse de sa fille mineure. Deux

(1) 2 R. J. O., C. S., 396.

actions peuvent en résulter: d'abord une action par la fille pour les dommages que ces paroles lui causent à elle,—cette action doit être prise uniquement par son tuteur;—une action par le père pour les dommages qu'il souffre lui-même du fait des accusations portées contre un membre de sa famille. C'est ce qui a été décidé dans une cause récente [1]. "Le père qui n'est pas tuteur ne peut réclamer les dommages soufferts par sa fille mineure du fait de paroles injurieuses dites à son adresse, mais il le peut pour les dommages qu'il en souffre lui-même." [2]

Notons encore une décision de M. le juge Mathieu qui, en 1883, a jugé que la mère peut poursuivre en sa qualité de tutrice naturelle, pour des dommages causés à son fils mineur [3].

Cette théorie que le père ou la mère sont les tuteurs naturels de leur enfant et qu'en cette qualité ils peuvent poursuivre ses droits, ne nous paraît justifiée par aucun texte, mais elle est plutôt répudiée par l'article 304 du code civil qui investit de toutes les actions le tuteur dûment nommé. Deux vieilles décisions ont affirmé ce principe: *Petit* v *Béchette* [4] et *Fletcher* v *Gatignan* et *Gatignan* [5].

115. Un mineur est victime d'un accident ou d'un assaut: ce délit ou ce quasi-délit peuvent donner naissance aussi à deux actions. L'une en faveur de l'enfant pour les dommages qu'il a soufferts: elle n'appartient

(1) *Barrette* v *Bourbonnière*, 12 R. J. O., C. S., Archibald J.

(2) Dans le même sens, *Bouchard* v *Charette*, 10 L. N., 186, Routhier, J.

(3) *Wilhelmy* v *Brisebois*, 12 R. L., 424.

(4) C. S., 2 L. C. R., 367.

(5) C. S., 1 L. C. J., 100.

évidemment qu'au tuteur. L'autre en faveur du père que cet accident a pu priver des services de son enfant. Mais si le père a, par exemple, payé les services du médecin qui a soigné la victime, à qui faut-il dire que l'action appartient pour recouvrer le montant ainsi payé ? Il y a lieu de douter, vu qu'alors le père a directement et personnellement encouru une dépense causée par l'accident ou l'assaut. Mais nous croyons qu'il est plus prudent et peut-être nécessaire de faire prendre l'action par le tuteur. Le père en définitive a payé la dette de son enfant. Le défendeur lui répondra que le tuteur de l'enfant a peut-être acquitté cette dette envers le père, et qu'il est exposé à une nouvelle poursuite de la part du tuteur. Pour rendre l'action du père parfaitement recevable, il faut au moins, suivant nous, qu'il allègue un transport en sa faveur de la créance de l'enfant représenté par son tuteur.

Quant à l'action prise pour les frais de médecin par le tuteur, elle nous paraît inattaquable, vu qu'il peut donner une quittance parfaite, même s'il n'a pas encore remboursé le père du montant payé. Une action de ce genre par le tuteur a été déclarée régulière par M. le juge Choquette, en 1901, dans la cause de *Hades* v *Edmunson* [1].

2° Du tuteur ad hoc.

116. Le tuteur *ad hoc* est celui qui est nommé, pendant la tutelle, lorsque le mineur a des intérêts à discuter en justice avec son tuteur. Ses pouvoirs s'étendent seulement aux objets à discuter (art. 269 C. C.). Il est encore nommé un tuteur *ad hoc* aux mineurs pour les représenter à une vente en licitation volontaire d'un immeuble possédé par indivis par le tuteur et ses pu-

(1) 7 R. de J., 394.

pilles, pour rendre valable l'adjudication au tuteur. (Art. 1355 C. P.)

Dans l'ancien droit, quand il s'agissait d'un débat en justice entre le tuteur et son pupille, on lui nommait un curateur appelé le curateur *aux actions contraires.* Les divers textes de notre code qui parlent du tuteur *ad hoc* indiquent clairement qu'il n'a que des pouvoirs d'exception et limités exclusivement aux cas où il s'agit de protéger le mineur contre son tuteur. En dehors de ces cas spécialement mentionnés par le législateur, la nomination d'un tuteur *ad hoc* est illégale, et celui-ci ne peut prétendre représenter le mineur.

Il faut donc dire que le tuteur *ad hoc* est inhabile à figurer dans une action qui intéresse le mineur, si ce n'est dans ces cas exceptionnels.

117. Cependant plusieurs arrêts avaient établi une jurisprudence contraire. Ainsi on avait accordé à un tuteur *ad hoc* le droit d'intenter une action en déclaration de paternité pour le mineur [1], et une action en dommages [2]. La cour d'appel, dans la cause de *Rattray* v *Larue* [3], avait même reconnu à des appelés à une substitution, mineurs, le droit d'intervenir par le ministère d'un tuteur *ad hoc* dans une poursuite affectant cette substitution.

Cette jurisprudence toutefois avait eu ses variations. Dans la cause de *Brousseau* v *Bédard* [4], le juge J. T.

(1) *Auger* v *Dionne*, 13 R. L., 332, Loranger J., 1885.

(2) *Adam* v *Languerand*, et *Montreal City Passenger Ry Co.*, 21 R. L., 399, Mathieu J., 1888.

(3) 14 R. L., 614.

(4) 3 R. L., 447.

Taschereau avait refusé au tuteur *ad hoc* le droit d'intenter pour le mineur une action en dommages-intérêts résultant d'une rupture de promesse de mariage, pour le motif que ce tuteur *ad hoc*, n'ayant l'administration ni de la personne ni des biens du mineur, il ne pouvait intenter les actions de celui-ci lors même qu'il en serait le père. Et M. le juge Henri Taschereau avait jugé dans la cause de *Vallée* v *Leroux* [1], qu'une action en dommages-intérêts pour séduction d'une fille mineure et en déclaration de paternité, ainsi qu'en réclamation d'une pension alimentaire, ne peut être portée par un tuteur *ad hoc* ; qu'une action de cette nature ne peut rentrer dans les limites des pouvoirs que la loi lui accorde [2].

Cette dernière opinion, plus conforme aux principes, fut adoptée, dans la cause déjà citée de *Rattray* v *Larue*, par la cour suprême qui a cassé le jugement de la cour d'appel et décidé qu'il ne peut être nommé de tuteur *ad hoc* en dehors des cas prévus par l'article 269 [3]. Enfin dans une cause de *Prévost* v *Prévost* [4], M. le juge Mathieu a refusé au tuteur *ad hoc* le droit d'intenter une action personnelle au mineur.

(1) 14 R. L., 553, 1886.

(2) Voir dans le même sens une décision du même juge dans la cause de *Thériault* v *The Glode Woollen Mills Co.*, 4 R. J. O., C. S., 179, où l'on ajoute que ce défaut de qualité peut être invoqué en tout état de cause.

(3) 15 S. C. R., 102.

(4) 5 R. L., n. s., 132.

Section III

Des mineurs émancipés.

118. Nous avons jusqu'ici étudié la capacité du mineur d'ester en justice pour certaines actions découlant d'un contrat de louage de services ou de son commerce, et son incapacité générale de plaider dans tous les autres cas, sans l'intermédiaire de son tuteur. Il nous reste à examiner l'effet de l'émancipation du mineur quant à son droit de plaider.

L'*émancipation* place le mineur dans une condition intermédiaire entre celle du simple mineur et celle du majeur. Elle modifie son état sans mettre fin à la minorité et sans lui conférer tous les droits résultant de la majorité (247 C. C.). De l'état d'incapacité complète, sauf un petit nombre d'exceptions, le mineur passe donc, par l'émancipation, à un état de demi-capacité dont le caractère le plus frappant est qu'elle lui reconnaît le droit de figurer lui-même et en son nom, à ses procès.

Dans le droit romain, l'émancipation était l'acte par lequel un père mettait hors de sa puissance, le fils qui, quoique majeur, lui était encore soumis. C'était là aussi l'émancipation de l'ancien droit français écrit.

Notre émancipation, tirée de la Coutume de Paris, se réduit à constituer le mineur administrateur de ses biens en l'affranchissant de la tutelle, pour le placer sous la protection d'un curateur chargé de l'assister dans les actes qui excèdent les pouvoirs que la loi lui confère, et qu'il ne peut faire seul[1].

(1) Deuxième rapport des codificateurs, p. 219.

Ainsi donc, l'émancipation établit la règle que le mineur émancipé peut agir seul. C'est dans les seuls cas prévus par la loi qu'il a besoin d'un curateur qui *l'assiste* seulement et ne le *représente* jamais.

Nous étudierons d'abord l'étendue de la capacité du mineur émancipé, puis celle des pouvoirs de son curateur.

§ Ier—CAPACITÉ DU MINEUR ÉMANCIPÉ.

119. L'émancipation est *expresse* quand elle résulte d'un jugement. Elle est *tacite* ou légale quand elle résulte du mariage.

L'article 320 du code civil dit que le mineur émancipé ne peut intenter une action immobilière ni y défendre sans l'assistance de son curateur. On tire de ce texte, par argument *a contrario*, la conséquence que l'émancipé peut ester en justice seul dans toutes les actions mobilières ; et cela, que l'émancipation soit expresse ou tacite.

Dans l'ancien droit, on faisait une distinction. Ainsi, Bourjon [1] enseigne que le mineur émancipé par jugement ne peut ester en justice sans l'assistance de son curateur. Mais il reconnaît ce droit au mineur émancipé par le mariage. Et une décision du juge Mondelet refuse au mineur émancipé par jugement le droit de plaider [2].

Pothier [3] est d'avis que le mineur émancipé, expressément ou tacitement, ne peut ester en justice sans

(1) 1, p. 74.

(2) *Grenache* v *Perreault*, 3 R. L., n. s., 549, 1843.

(3) Personnes, No 206.

l'assistance de son curateur. " La fonction du curateur (aux causes), dit-il, consiste donc à les assister et autoriser dans les demandes qu'ils ont à former en justice contre quelqu'un, et dans celles qu'on a formées contre eux ".

120. L'article 482 du code Napoléon dit que le mineur émancipé ne peut recevoir et donner décharge d'un capital mobilier, sans l'assistance de son curateur. Il n'est donc pas étonnant que la grande majorité des commentateurs du code Napoléon soit d'avis que le mineur émancipé ne peut poursuivre le recouvrement d'un capital mobilier sans l'assistance de son curateur. La question ne peut guère y être résolue dans un autre sens.

Elle est au contraire très difficille à résoudre dans notre droit. En effet, d'une part, il résulte des articles 319 et 322 du code civil que le mineur émancipé peut faire seul uniquement les actes de *pure administration*. Et la réception d'un capital mobilier, si c'est un acte d'administration, n'en est pas un de *pure* administration.

D'autre part, on ne saurait nier la force de l'argument tiré de la disposition de l'article 320, qui requiert l'assistance du curateur seulement pour figurer dans une action *immobilière* ; surtout si l'on tient compte du fait que notre article 320 est la reproduction de partie de l'article 482 du code Napoléon, dont on a retranché la clause exigeant l'assistance du curateur pour la réception d'un capital mobilier. Cette omission entraîne-t-elle une différence entre le droit français moderne et le nôtre ? M. le juge Langelier, dans une cause récente [1], a décidé que non. M. Mignault [2] enseigne l'affirmative.

(1) *Casgrain* v *Mallette*, 15 R. J. O., C. S., 612.

(2) II, p.261.

Voici ce que dit M. Mignault : "La réception des capitaux est un acte d'administration, la loi la permet au tuteur (articles 294 et 295 du code civil), et à l'exécuteur testamentaire (article 919), qui n'ont que des pouvoirs d'administration... Maître de disposer de son mobilier, l'émancipé peut intenter seul toute action mobilière ou y défendre".

" On doute, en France, que le mineur puisse poursuivre le recouvrement d'un capital mobilier sans l'assistance de son curateur, car, dit-on, la loi lui défend de recevoir le capital sans assistance, et comment pourrait-il réclamer ce capital seul alors qu'il ne peut pas en donner quittance seul ? La question ne peut pas se poser dans notre droit. Pouvant recevoir le capital et en donner décharge seul, le mineur émancipé peut en poursuivre le recouvrement sans l'assistance de son curateur".

Cette opinion est celle que notre jurisprudence avait déjà adoptée. Ainsi dans la cause de *Miller* v *Théroux* [1], M. le juge Mathieu avait décidé, en 1884, que le mineur émancipé par mariage peut intenter seul, sans l'assistance d'un curateur, une action en dommages lui résultant de propos diffamatoires, cette action étant mobilière de sa nature. Et la cour de revision (Johnson, Jetté et Laframboise JJ.), dans la cause de *Gagnon* v *Sylva dit Portugais* [2], avait aussi jugé que si, aux termes de l'article 320, le mineur émancipé ne peut figurer à une action immobilière sans l'assistance d'un curateur, il peut tout de même être partie sans telle assistance, à une action mobilière. Tout récemment

(1) 12 R. L., 620.

(2) 24 L. C. J., 251.

encore M. le juge Pelletier, dans la cause de *Cloutier* v *Cloutier* [1], a reconnu ce droit à l'émancipé.

Nous avons dit que M. le juge Langelier avait décidé le contraire, c'est-à-dire, qu'un mineur émancipé n'a pas le droit d'intenter, sans l'assistance de son curateur, une action en recouvrement du capital d'une obligation [1]. Nous prenons, pour formuler son argumentation, ses propres termes. " Le principe posé par le droit français moderne et le nôtre, quant à la capacité du mineur émancipé de faire des actes sans espérance de restitution, c'est que les seuls qu'il puisse faire sans l'assistance de son curateur sont les actes de *pure administration*. On remarquera que le code ne dit pas qu'il peut faire toute sorte d'actes d'administration, mais des actes de *pure administration*, c'est-à-dire des actes d'administration courante, de ces actes qui se renouvellent si souvent, que si le mineur émancipé ne pouvait les faire sans l'assistance de son curateur, son émancipation ne lui servirait de rien. M. Mignault, dans son ouvrage si estimable d'ailleurs, et dont aucun avocat ne peut se passer, soutient une opinion contraire, précisément parce qu'il n'a pas fait cette distinction entre les *actes d'administration* et les actes de *pure administration*.... ....." Or la réception d'un capital mobilier n'est pas un acte du pure administration, c'est-à-dire d'administration courante : il est bien évident qu'il ne s'agit pas là d'un de ces actes qui se présentent tous les jours. Si le mineur émancipé, pas plus chez nous qu'en France, ne peut recevoir un capital mobilier, peut-il en poursuivre le recouvrement ? Il nous paraît évident que non. S'il ne peut pas le recevoir et en donner quittance, il peut encore moins faire quelque chose qui pourrait

(1) 2 R. P., 397.

(1) *Casgrain* v *Mallette*, citée plus haut.

en entraîner la perte. Or, c'est ce qui pourrait résulter de sa manière de conduire la poursuite. "

On voit que la divergence d'opinion, entre M. le juge Langelier et M Mignault, découle de la manière de poser les prémisses. L'un dit : l'émancipé ne peut faire que les actes de *pure administration ;* or recevoir un capital n'en est pas un. L'autre dit : l'émancipé peut faire les *actes d'administration.* Or c'en est un que de recevoir un capital mobilier. Le magistrat s'en tient à la lettre des articles 319, et 322 ; le jurisconsulte interprète suivant ce qu'il croit être l'esprit de la loi.

S'il nous fallait exprimer une opinion, nous admettrions avec le savant juge, que dans l'application générale de l'article 319, il faut tenir compte de la distinction faite entre les actes d'administration simple ou ordinaire, et les actes de *pure* administration. Nous n'avons pas à examiner jusqu'à quelles limites il faut la porter. Mais il nous semble que si, de l'article 319, on tire la conclusion qu'il faut refuser à l'émancipé l'action en recouvrement d'un capital mobilier, on se trouve par là à faire de l'article 320 une interprétation étrangère à sa lettre et à son esprit. Sans cet article 320, le raisonnement de M. Langelier serait rigoureusement inattaquable. Mais, comme l'action en recouvrement d'un capital mobilier est certainement une action mobilière, la refuser à l'émancipé, n'est-ce pas mettre de côté la disposition de l'article 320 qui ne lui interdit que l'action immobilière ? Pour concilier les dispositions des deux articles, ne peut-on pas dire que, à la règle générale de l'article 319 " l'émancipé peut faire seulement les actes de pure administration ", l'article 320 établit une exception pour l'exercice des actions mobilières qui peuvent n'être pas absolument des actes de pure administration ?

En 1871, le juge MacKay a décidé que dans une poursuite en nullité de mariage, le père ne peut porter l'action sans que le mineur marié soit en cause, assisté conformément à la loi [1]. En 1888, la cour d'appel a décidé que le mari d'une femme mineure, commune en biens avec lui, qui se trouve émancipée par son mariage, peut poursuivre le recouvrement des intérêts qui lui sont dus [2]. Le 12 novembre 1901, M. le juge Larue a permis à une femme mineure émancipée par mariage d'ester en justice, sans l'assistance d'un curateur, dans une action en recouvrement d'impenses faites sur un immeuble [3].

Quant à l'action immobilière, sous l'ancien comme sous le nouveau code, il faut, pour l'intenter, que le mineur émancipé par mariage soit assisté de son curateur [4].

§ II — POUVOIRS DU CURATEUR

121. Nous le répétons, la fonction du curateur est d'assister et non pas de représenter le mineur émancipé. Celui-ci donc, même quand il ne figure pas seul au procès, y est lui-même partie, en son propre nom : le curateur est seulement mis en cause pour l'assister. Ce principe a été affirmé dans les causes de *Dufour* v *Tremblay* [5] et de *Lawless* v *Chamberlain* [6]. Ce point n'offre pas de difficulté, puisque, à vrai dire, le mineur émancipé n'est pas un incapable ; tout au plus la loi,

(1) *Burn* v *Fontaine*, 3 R. L. n. s., 516.

(2) *Nadeau* v *Cliche*, 16 R. L., 379.

(3) *Galarneau* v *Bertrand*, 20 R. J. O., C. S., 283.

(4) *Hébert* v *Ménard*, 10 R. L., 6, Chagnon J., 1876.

(5) 12 L. N., 105.

(6) 13 L. N., 177.

en certains cas, restreint-elle sa capacité. D'ailleurs l'article 340 du code civil dit : "le curateur au mineur émancipé n'a aucun contrôle sur sa personne ; il lui est donné aux fins de l'assister dans les actes et poursuites dans lesquelles il ne peut agir seul. Or la seule restriction formelle posée par la loi au droit de plaider du mineur émancipé, est contenue dans l'article 320 : "il ne peut intenter une action immobilière ni y défendre, sans l'assistance de son curateur".

Le rôle du curateur, quant au droit de plaider du mineur émancipé, se borne donc à l'assister quand il est demandeur ou défendeur dans une action immobilière.

122. Remarquons, tout de suite, que la loi n'exige pas, pour donner cette assistance, que le curateur soit lui-même autorisé en justice sur avis du conseil de famille, comme il a besoin de l'être pour assister le mineur dans certains autres actes, par exemple, pour faire des emprunts considérables (Art. 321.). Aussi M. le juge Mathieu a-t-il décidée, que "le mineur émancipé par mariage, pouvant, avec l'assistance de son curateur, intenter une action immobilière, il peut, avec cette assistance, sans qu'il soit nécessaire de requérir l'autorisation judiciaire, sur avis du conseil de famille, réclamer le prix de vente d'un de ses immeubles vendus pendant sa minorité, et payable à l'époque de son mariage, lequel prix constitue un capital immobilier par la détermination de la loi." [1] Ce jugement a été confirmé par la cour de revision, en 1898.

123. Cependant il découle des termes de l'article 322 que cette assistance ne suffit pas pour rendre l'émancipé capable de faire tous les actes de procédure

(1) *Bolduc* v *Caillé*, 14 R. J. O., C. S., 209.

possibles dans une action immobilière. Ainsi le curateur ne peut, sans autorisation judiciaire, assister efficacement le mineur quand il s'agit de transiger ou d'acquiescer, dans une action de cette nature.

124. Le curateur peut-il valablement assister l'émancipé dans une action en partage définitif d'immeubles ? Il n'y a pas de doute qu'il faut répondre affirmativement si c'est pour se défendre, comme s'il s'agit d'intenter l'action en partage des meubles, ou en partage provisionnel des immeubles. Mais la réponse est moins facile quand il est question de provoquer la demande. M. Mignault [1] enseigne la négative. " Dans notre droit, dit-il, les articles 305 et 651 du code civil, disent que le tuteur au mineur ne peut intenter l'action en partage. Il ne s'agit que du mineur non émancipé car lui seul a un tuteur. D'un autre côté, l'article 320 reconnaît le droit du mineur émancipé, d'intenter les actions immobilières sans distinction, pourvu qu'il soit assisté de son curateur. Or l'action en partage est une action immobilière. Cependant, quand on interroge la raison de la loi, on se convainc facilement que pas plus que le mineur non émancipé, le mineur émancipé ne peut provoquer le partage des immeubles. Le partage des immeubles renferme de la part de celui qui le demande, une disposition de sa part de ces immeubles. Or en ce qui se rapporte aux actes de disposition de ses immeubles, le mineur émancipé est sur le même pied que le mineur non émancipé (Art. 322). Je conclus donc que l'action en partage immobilier est interdite au mineur émancipé. Telle est du reste la doctrine enseignée par Pothier, Communauté, No. 695 ".

Ce raisonnement ne nous paraît pas sans réplique.

(1) II, p. 264.

Le même auteur, en étudiant la capacité du mineur émancipé d'intenter seul les actions mobilières, enseigne, nous l'avons vu, qu'il les a *toutes*, en vertu de l'article 319 et de l'article 320. Est-ce qu'on ne peut pas aussi bien dire que si, de ce même article 320 il ne découle pas de restriction au droit de plaider seul dans les actions mobilières, il ne faut pas non plus en trouver quant au droit de plaider, avec l'assistance du curateur, dans *toutes* les actions immobilières ? Le partage des immeubles en est une disposition partielle, c'est évident. Et l'article 322 enlève au mineur émancipé le droit de disposer, généralement, de ses immeubles, c'est admis. Mais, à cette défense générale, ne peut-on pas prétendre que l'article 320, tel qu'il est, fait une exception pour le cas, où la disposition d'immeubles ne se ferait plus par un acte extrajudiciaire, mais résulterait d'une instance conduite sous la surveillance du tribunal ?

En d'autres termes, le même raisonnement qui nous a fait adopter, sur la capacité du mineur émancipé d'intenter seul toutes les actions mobilières, l'opinion de M. Mignault contre celle de M. le juge Langelier, nous porte logiquement à ne plus suivre le premier quand il refuse au curateur le pouvoir d'assister efficacement l'émancipé dans toutes les actions immobilières. L'autorité de Pothier ne nous paraît pas peser d'un grand poids ici, puisque, vu l'état de l'ancien droit, il allait même jusqu'à refuser au mineur émancipé le droit d'intenter seul aucune action mobilière, ce qui est, dans notre droit, une erreur manifeste.

CHAPITRE QUATRIÈME

DE L'INCAPACITÉ DE PLAIDER DES INTERDITS

125. La loi protège contre leurs propres actes non pas seulement ceux qui manquent du discernement nécessaire, à raison de leur âge. Elle suspend aussi l'exercice des droits de ceux qui, à cause d'une infirmité intellectuelle ou morale, ne peuvent consentir valablement, ou compromettent leur fortune par leur prodigalité ou l'abus qu'il font des liqueurs enivrantes, de l'opium ou d'autres narcotiques. Cette restriction à l'exercice des actions est l'objet de l'*interdiction.*

L'*interdit* est celui que la justice, après avoir constaté son état de démence ou ses habitudes de prodigalité ou d'ivrognerie, déclare incapable de faire un acte civil sans y être représenté par un curateur ou sans avoir au moins l'assistance de ce curateur

A côté de l'interdiction se place l'institution de la nomination d'un conseil judiciaire à celui qui, sans être complètement insensé ou prodigue, est cependant faible d'esprit ou enclin à la prodigalité à un degré suffisant pour mettre sa fortune en danger.

Dans le droit romain, l'interdiction n'était prononcée que contre le *prodigus.* On nommait cependant un curateur au *furiosus* et au *mente captus,* pour les assister ou autoriser dans leurs intervalles de folie. Ils pouvaient agir valablement dans leurs intervalles lucides.

L'ancien droit français permettait de nommer un curateur, non seulement à celui qui était incapable

d'agir à cause d'une infirmité morale, comme l'excès de prodigalité, ou intellectuelle, comme la démence, mais encore à celui qui, à raison d'une infirmité physique, se trouvait empêché d'administrer ses biens.

Suivant le code Napoléon, l'interdiction judiciaire s'applique aux seuls aliénés, sourds-muets et faibles d'esprit qui, en raison de leur infirmité, sont hors d'état de se gouverner eux-mêmes et de gérer leur fortune. Le prodigue n'est pas frappé d'interdiction, mais il est pourvu d'un conseil judiciaire.

En examinant la condition des interdits, nous verrons les différences qu'elle présente avec celle des mineurs. Qu'il nous suffise d'indiquer la principale : l'acte fait par le mineur, en dehors de sa capacité, n'est annulable que pour cause de lésion. L'acte fait par l'interdit est annulable par cela seul qu'il est fait pendant la durée de l'interdiction. Quant au rôle du curateur, il varie selon l'espèce d'interdiction : tantôt il représente, tantôt il assiste.

Dans ce chapitre, nous étudierons l'incapacité : 1° des interdits ; 2° des demi-interdits, c'est-à-dire de ceux à qui il a été nommé un conseil judiciaire, et 3° des fous non interdits.

Section I

Des interdits proprement dits

126. Les interdits, étant déclarés incapables par la loi, n'ont pas la faculté d'ester en justice, à moins d'être représentés ou assistés. Cette incapacité est plus ou moins complète suivant la cause de l'interdiction. Il nous faut donc examiner chaque cas en particulier.

§ IER—DE L'INTERDIT POUR FOLIE

127. L'interdit pour imbécillité, démence ou fureur est absolument incapable d'ester en justice. Ce principe découle nécessairement de l'article 334 du code civil : " tout acte fait par l'interdit postérieurement à l'interdiction, est nul ". Il importe peu que l'interdit poursuive ou soit poursuivi durant un intervalle lucide. Pour annuler l'acte de procédure qu'il fait, il suffit que l'interdiction soit prononcée. Le jugement qui prononce l'interdiction frappe l'aliéné d'une présomption légale d'incapacité, et cette présomption est *juris et de jure*. Si donc l'interdit est seul dans une instance, tous les actes faits par lui ou contre lui sont nuls d'une nullité qui peut être invoquée même dans le cas où l'interdit n'en est aucunement lésé. Cette incapacité complète est admise sans difficulté [1].

M. le juge Taschereau, en 1899, a décidé : qu'un interdit pour démence, qui s'est pourvu en revision contre la sentence d'interdiction, est incapable de se désister de sa procédure, vu l'article 334 du code civil [2]. Et même le jugement qu'on obtient contre l'interdit dément sans que son curateur soit partie en cause, est nul de plein droit [3].

Son incapacité est donc plus entière que celle du mineur non émancipé. En effet, la loi permet à celui-ci d'intenter des actions pour gages ou découlant de son commerce. Elle ne fait pour l'interdit aucune exception.

(1) Boncenne, *Procédure civile*, II, p. 135 ; Boitard, *Procédure civile* I, 211 ; Garsonnet, I, p. 530.

(2) *Léveillé* v *Laliberté & Prévost*, 5 R. de J., 76.

(3) *Sproat* v *Dunière*, 2 Rev. de Lég., 438, C. B. R., et *Sproat* v *Chandler*, 3 Rev. de Lég., 391, C. B. R., 1819.

128. Même l'action en séparation de corps ne peut être intentée par l'interdit. Quant à cette action, certains auteurs français, Laurent entre autres, enseignent qu'elle doit être intentée par l'interdit, pourvu que ce soit pendant un intervalle lucide. La raison donnée c'est que lui seul peut juger de l'opportunité de prendre ce recours extraordinaire et gros de conséquences graves. La majorité des auteurs soutient le contraire, et notre article 335 rendant nul tout acte postérieur à l'interdiction, il nous paraît y avoir lieu d'appliquer le principe qu'il ne peut être fait une exception là où la loi n'en fait point.

129. L'incapacité de l'interdit d'ester en justice s'étend-elle même à la demande qu'il voudrait faire d'être relevé de l'interdiction ?

La question a été soulevée d'abord dans une cause de *Taillon* v *Mailloux* [1], où l'on a décidé que les avocats ayant pris de telles procédures au nom de l'interdit pouvaient se faire payer leurs frais par son curateur. Ce jugement, qui cassait le jugement de M. le juge Doherty, a été rendu par la majorité de la cour de revision, M. le juge Loranger, *diss.*

En 1899, M. le juge Archibald a décidé " That the proceeding in main-levée of an interdiction can be authorized by the interdict himself, but only when he has in reality a right to have such interdiction set aside. The costs of the proceedings which fail cannot be charged against the interdict's estate [2].

Nous ne croyons pas que ces deux arrêts doivent faire jurisprudence. Et d'abord la distinction faite en

(1) 6 R. J. O., C. S. 294.

(2) *Bouchard* v *Bastien*, 6 R. de J., 449.

dernier lieu ne repose certainement sur aucun texte. Ce n'est pas le résultat des procédures qu'il faut considérer, mais le droit même de les instituer. Nous ne pouvons reconnaître ce droit à l'interdit. On s'appuie sur l'autorité de Dalloz [1] et de Demolombe [2], qui disent : "Il est des droits que l'interdit peut toujours exercer, et s'il est un droit personnel dont l'exercice ne doit pas périr sur sa tête, c'est le droit précieux et sacré de demander la main-levée de son interdiction." Ce sont là de grands mots. Ils ne sauraient pourtant prévaloir contre des textes formels. Est-il opportun de permettre à l'interdit d'intenter seul et en son nom des procédures pour sortir de son état d'incapacité, c'est-à-dire d'encourir des frais, de forcer son curateur à le combattre, d'exercer en un mot le droit dangereux de plaider, et de plaider en quelque sorte contre lui-même ? C'est là une question à laquelle le législateur même devrait, à notre avis, répondre suivant la négative. Mais, à tout évènement, cette question d'opportunité ne peut se poser au juge chargé d'interpréter une disposition aussi claire que celle de l'article 334 du code civil : " tout acte fait par l'interdit postérieurement à l'interdiction est nul ". Et il n'y a pas de texte qui permette de faire une exception à cette défense.

Remarquons que l'incapacité complète n'existe que du jour du jugement d'interdiction [3].

130. Le curateur représente l'interdit. C'est donc lui qui figure seul au procès intéressant l'interdit : il poursuit en son propre nom, alléguant sa qualité, et c'est contre lui seul, toujours ès qualité, que l'action est

(1) J. G., vol. 29, p. 24, No. 239.

(2) No 678.

(3) *D'Estimauville* v *Tousignant*, 12 Q. L. R., 39.

dirigée. Les conditions préalables auxquelles il est tenu de se conformer avant d'agir sont analogues à celles qui concernent le tuteur. Il n'est pas tenu, pour ester en justice, de faire enregistrer la curatelle [1].

Comme, aux termes de l'article 343 du code civil, il a sur la personne et les biens de l'interdit tous les pouvoirs d'un tuteur sur la personne et les biens de son pupille, on peut dire que son droit de plaider pour l'interdit s'étend à toutes les actions moins une, celle en partage définitif des immeubles, à laquelle il peut cependant défendre, mais qu'il ne peut pas intenter sans autorisation judiciaire (305 et 691 C. C.). Que si l'interdiction est prononcée contre l'une des parties au procès au cours de l'instance, celle-ci ne peut être reprise que par le curateur.

Le curateur ne peut cependant pas appeler d'un jugement sans l'autorisation du juge [2]; pas même, d'après une décision de M. le juge Davidson, de la sentence relevant l'interdit de l'interdiction [3]. Il ne peut non plus transiger ni acquiescer à une demande judiciaire sans cette autorisation. Nous nous contentons de renvoyer à ce que nous avons dit des pouvoirs du tuteur, vu l'analogie des deux cas.

La cour de revision a jugé que le curateur à l'interdit pour démence n'a pas besoin de l'autorisation du juge pour intenter une action en résiliation d'une vente que l'interdit aurait consentie avant son interdiction, mais à un moment où il ne pouvait, à cause de sa démence, donner un consentement valable.

(1) *Savage* v *Filion*, 16 R. L., 297.

(2) *Clément* v *Francis*, cour d'appel, 6 L. N., 325, 1883.

(3) *Proulx* v *Proulx*, 35 L. C. J., 108.

131. Remarquons enfin que le curateur, comme le tuteur à l'égard du mineur, ne peut plus représenter l'interdit en justice quand il s'agit d'un différend à démêler avec lui. Il ne peut pas plaider personnellement contre lui-même, en sa qualité de curateur. Dans ces cas, l'interdit est représenté par un curateur *ad hoc*. Les pouvoirs de ce curateur *ad hoc* s'étendent seulement aux objets à discuter avec le curateur (Art. 346 C. C). Ainsi la cour de revision (Loranger, de Lorimier et Archibald JJ.) en 1896, a jugé que le curateur *ad hoc* ne peut intenter une action en reddition de compte contre les représentants du curateur décédé, une telle action n'appartenant qu'au curateur ordinaire [1].

§ II—DE L'INTERDIT POUR PRODIGALITÉ

132. La capacité juridique de l'interdit pour prodigalité est loin d'être aussi clairement définie. Les motifs qui déterminent ici l'interdiction sont d'une nature tout autre que les motifs déterminant l'interdiction pour démence. Les effets n'en sont pas non plus les mêmes. Ainsi, pour rendre nul l'acte de ce dernier il suffit qu'il ait été fait pendant l'interdiction ; le prodigue, pour faire annuler son acte doit prouver non seulement son interdiction mais encore préjudice (334 C. C.). Sous ce rapport la loi le place sur le même pied qu'un mineur. Mais il ne peut être assimilé absolument à un mineur. En effet, le tuteur du mineur le représente dans tous les actes de la vie civile ; non seulement il administre ses biens, mais il prend soin de sa personne (290 C. C.) ; tandis que le curateur du prodigue n'a de pouvoirs que sur les biens (343 C. C.). Le curateur du prodigue a

(1) *Wilson* v *Blanchard*, 12 R. J. O., C. S., 132.

donc des pouvoirs moins étendus que ceux du tuteur et ceux du curateur à l'interdit pour folie.

133. Evidemment le prodigue ne peut plaider seul. Mais alors quelle est la fonction de son curateur ? Représente-t-il le prodigue dans les actions qu'il lui faut intenter ou auxquelles il est appelé à répondre ? N'a-t-il au contraire que le pouvoir de l'assister ? Qui des deux, de l'interdit prodigue ou de son curateur, doit figurer comme partie au procès ?

Le droit de représentation est exorbitant et forme exception à la défense formelle et très générale de l'article 81 du code de procédure. Il ne doit pas être permis de l'étendre en aucune façon, et il a besoin, pour être reconnu, d'un texte formel. Or le curateur au prodigue n'ayant aucun pouvoir sur la personne de l'interdit, et la loi ne disant nulle part qu'il représente l'interdit dans les actes civils, comme elle le fait pour le tuteur (article 290), et pour le curateur au fou (article 343), il nous semble logique de conclure que le rôle du curateur se borne ici à assister l'interdit dans ses procès.

L'action devrait donc être intentée, suivant nous, par l'interdit prodigue et en son nom, assisté de son curateur, et être de même dirigée contre lui et le curateur mis en cause seulement pour l'assister. Nous ne ferions exception que pour les cas où le procès naîtrait d'actes d'administration du curateur.

Cette opinion n'est pas celle de nos tribunaux.

134. Il est vrai que la cour d'appel, dans une cause *Ex parte Fourquin* [1], paraît avoir seulement exigé la

(1) 3 L. C. L. J., 118.

mise en cause du curateur sur des procédures aux fins de faire prononcer la folle enchère contre l'interdit prodigue alors que la folle enchère aurait été faite avant l'interdiction. Mai, sen 1889, la même cour d'appel, dans la cause de *Green* v *Mappin* [1], a émis formellement l'opinion que si, au cours d'une instance, une partie est interdite pour prodigalité, son curateur doit reprendre l'instance, et qu'une intervention du curateur pour assister n'est pas suffisante.

" L'interdit, soit pour imbécillité, démence ou fureur, a dit M. le juge Bossé, perd tout contrôle sur ses biens, même pour les actes d'administration. Il ne peut ester en justice, et les actions qu'il exerce sont prises pour lui par son curateur, de même que les actions du mineur sont prises pour lui par son tuteur....Les pouvoirs du curateur (au prodigue) ne s'étendent pas à la personne, mais seulement aux biens....mais, quant aux biens, l'effet de l'interdiction est aussi étendu que dans le cas de l'interdit pour folie, et ne permet au prodigue ni un acte d'administration, ni le droit d'ester en justice. Tout ceci n'est que l'application de l'article 343 C. C. et des principes généraux qui régissent cette matière ".

Dans une cause de *Leroux* v *DeBeaujeu* [2], M. le juge Davidson, en 1901, a jugé : Interdiction for prodigality renders the interdict incapable of administering his estate, or of being lawfully served with or of lawfully appearing in judicial proceedings. Where a writ has issued against an interdict for prodigality instead of against his curator, the defect cannot be cured by adding his curator as a defendant.

Nous revenons sur ce point au No 136. Il est bon

(1) 17 R. L., 584 et 5 M. L. R., Q. B., 108.
(2) 20 R. J. O., C. S., 235.

néanmoins de rappeler immédiatement que les "principes généraux qui régissent cette matière" sont des règles d'exception. Il faut, pour dépouiller une personne d'un droit indiscutable et pour entraver sa liberté, des lois formelles, des textes précis. Et cela nous paraît être une application arbitraire d'un article du code que de donner effet à une partie seulement de cet article, sans tenir compte du principe différent énoncé dans une seconde partie.

§ III—DE L'INTERDIT POUR IVROGNERIE HABITUELLE OU POUR ABUS DE NARCOTIQUES. (1)

135. L'interdiction pour ivrognerie habituelle n'existe pas dans le droit français, ni ancien ni moderne.

Comme tous les interdits, l'ivrogne est incapable d'ester en justice seul, puisqu'il n'a pas le libre exercice de ses droits. Les pouvoirs de son curateur s'étendent sur les biens seulement, non pas sur la personne (343 C. C.); il est nommé pour gérer les biens de l'ivrogne comme dans le cas d'une personne interdite pour cause de prodigalité. Nous croyons devoir en conclure que ce curateur ne devrait pas représenter l'interdit, et, par conséquent, qu'il ne peut figurer en ses nom et qualité comme demandeur ou défendeur, dans les procès de l'interdit. Suivant nous, l'action devrait être intentée par l'interdit ou être dirigée contre l'interdit lui-même, assisté de son curateur dans les deux cas.

Nous venons de voir que dans la cause de *Green* v

(1) Les personnes interdites pour abus d'opium, de morphine ou de tout autre narcotique, en vertu des articles 336*r* et 336*s* du code civil, sont, quant à leur capacité légale, assimilables aux interdits pour ivrognerie. Ce que nous dirons de l'ivrogne s'applique donc à elles.

Mappin, la cour d'appel a jugé que le curateur au prodigue doit lui-même plaider en son nom et qualité. Dans une cause de *Heppel* v *Billy* [1], la même cour a encore décidé que l'interdit pour ivrognerie est absolument incapable d'ester en justice sans son curateur. Et si le rapport de la cause indique que la cour aurait exigé seulement l'assistance du curateur, l'examen du jugement démontre au contraire que, suivant elle, l'action aurait dû être au nom du curateur. Dans une cause de *Renaud* v *Hoffman* [2], la cour supérieure a décidé, en 1899, qu'une action contre un interdit ivrogne ne doit pas nécessairement être dirigée contre l'interdit lui-même.

Malgré les jugements de la cour d'appel, M. le juge Mathieu, en 1897, a jugé que "le curateur à l'interdit pour ivrognerie, ne représentant pas la personne de l'ivrogne, et ses pouvoirs ne s'étendant que sur les biens, il ne peut être poursuivi comme défendeur à la place de l'interdit. C'est donc l'interdit qu'on doit poursuivre parce que sa personne n'est pas représentée par son curateur ; seulement comme la poursuite nécessairement affecte ses biens, son curateur doit être mis en cause pour l'assister" [3]. Ce raisonnement nous semble juste.

126. La jurisprudence établie par la cour d'appel, qui assimile en quelque sorte les interdits prodigues aux interdits pour démence, a pour effet, suivant nous, non seulement d'ajouter aux pouvoirs que la loi donne aux curateurs, mais encore de méconnaître l'esprit du code sur les curatelles. On enlève au prodigue l'exercice d'un

(1) 19 R. L., 465.

(2) 1 R. de P., 75.

(3) *Shepperd* v *Hoffmann*, 12 R. J. O., C. S., 228.

droit civil, la loi ne faisait pourtant qu'imposer des restrictions à la manière d'exercer ce droit. Et nous trouvons un nouvel argument contre ce système, dans la disposition de l'article 83 du code civil qui enlève au dément son domicile pour lui donner celui de son curateur et qui ne touche pas plus à celui de l'interdit pour prodigalité qu'à celui du mineur émancipé.

Une objection se présente à l'esprit, dans la déduction des conséquences du principe que nous soutenons. Le curateur du prodigue comme celui de l'ivrogne est l'administrateur des biens de l'interdit. Je réclame un bien de l'interdit, or ce bien est entre les mains du curateur. C'est donc à celui-ci que je dois m'adresser. Nous admettons que le législateur aurait pu mieux définir la position respective du prodigue et de son curateur dans leurs rapports avec les tiers. Mais nous croyons que la mission du juge n'est pas de corriger l'anomalie que peuvent présenter deux textes de la loi, de manière à prendre l'un et à rejeter l'autre, surtout quand les deux peuvent se concilier ensemble. Cette conciliation est possible dans l'espèce. Le véritable débiteur, c'est l'interdit ; il ne peut plaider au nom d'nn tiers sans un texte formel qui fasse de ce tiers son représentant légal. Or le curateur du prodigue ou de l'ivrogne a juridiction sur les biens seulement. On fait donc disparaître l'apparente contradiction des textes en dirigeant l'action contre le débiteur en son nom, c'est-à-dire contre l'interdit, et en mettant en cause le curateur qui, par une assistance effective, peut sauvegarder les intérêts concernant les biens commis à sa charge.

Dans une cause de *Asselin* v *Leclerc* et *Bédard* [1], M. le juge en chef Casault avait refusé, en 1897, de per-

(1) 3 R. de J., 437.

mettre au défendeur, interdit pour ivrognerie au cours de l'instance, de demeurer personnellement en cause, malgré la reprise d'instance par son curateur, dans une action en séparation de corps. L'interdit ayant présenté une requête aux juges de la cour du banc de la reine pour demander la permission d'appeler de ce jugement, M. le juge Blanchet, après avoir consulté M. le juge en chef Lacoste et M. le juge Bossé, a permis l'appel, et décidé que le mari avait droit de rester personnellement partie en cause et qu'il n'était pas suffisamment représenté par son curateur.

Bien qu'il s'agisse ici d'un cas spécial, celui d'une action en séparation de corps, il est difficile de ne pas voir, dans cet arrêt, l'énoncé d'une théorie contraire à celle que la cour d'appel a soutenue dans les causes de *Green & Mappin* et de *Heppel & Billy* [1].

Nous le répétons, suivant le texte des articles 343 et 336*b* du code civil, les pouvoirs du curateur à l'ivrogne et ceux du curateur au prodigue doivent être déclarés identiques.

Comme ces deux curateurs, de même que tous les autres mandataires légaux, trouvent dans la loi qui les nomme, la mesure de leur capacité, il nous paraît logique de leur refuser le droit exceptionnel de la représentation de la personne quand aucun texte ne les en investit.

(1) Voir sur cette question : 3 Laurent, No 216 ; 1 Demolombe, No 428 ; 5 Aubry & Rau, p. 183 ; 9 Pothier, Nos 124 et 125 ; 6 Carré & Chauveau, p. 767.

Section II

Des demi-interdits

137. Dans l'examen de la capacité juridique générale de ceux à qui il a été nommé un conseil judiciaire, le principe qui doit nous guider est tout à fait différent de celui qui s'applique aux interdits. L'incapacité de ces derniers est la règle ; les demi-interdits sont capables, en règle générale : ils ne peuvent pas faire les actes seuls exceptionnellement énoncés par la loi ou par le jugement qui nomme le conseil. Mais au point de vue spécial où nous nous plaçons, l'incapacité du demi-interdit de plaider seul devient la règle (Art. 351 C. C.). Il ne peut même y avoir exception à cette règle, que si l'exercice de ce droit lui était spécialement accordé dans la sentence nommant le conseil judiciaire.

En France, la cause du demi-interdit, quand il plaide, n'est pas communiquée au ministère public [1].

Le demi-interdit ne peut pas plaider seul. Pour ester en justice il lui faut l'assistance de son conseil. Les termes de l'article 331 ne permettent pas d'équivoque sur la nature des fonctions du conseil. Il ne représente pas ; les actions appartiennent au demi-interdit et c'est lui qui y répond, son conseil est seulement mis en cause pour l'assister. Un conseil judiciaire n'a pas le droit de faire au nom de celui auquel il a été nommé conseil, des procédures judiciaires, alors même que tel conseil aurait personnellement intérêt à ces procédures. Les pouvoirs du conseil sont purement consultatifs ; il n'a

(1) Boitard, I, No. 216.

pas le droit d'agir pour celui auquel il a été nommé conseil [1].

138. Avec l'assistance de son conseil, le demi-interdit peut exercer toutes les actions qui l'intéressent, quelle que soit leur nature. En cela, sa capacité est moins restreinte que celle du mineur émancipé, à qui pour certaines procédures il faut, en outre de l'assistance du curateur, l'autorisation judiciaire. D'autre part, une plus grande liberté est laissée au mineur émancipé, qui n'a besoin d'aucune assistance pour ester en justice quand il s'agit de ses droits mobiliers. Le demi-interdit ne peut jamais plaider seul, sauf les cas très exceptionnels où la sentence le lui permettrait.

Il ne faut pas confondre l'*assistance* avec l'*autorisation*. Celle-ci n'est pas suffisante. Le conseil n'a pas le droit d'autoriser le demi-interdit à plaider ; il faut qu'il soit en cause avec lui et l'assiste. Ces principes ne présentent guère de difficulté dans leur application.

En France, des auteurs enseignent que le conseil judiciaire peut agir lui-même, la personne qui en est pourvue étant préalablement mise en cause, pour demander la nullité des actes passés par elle avant que ce conseil lui fût nommé [2]. Cette doctrine est trop évidemment contraire aux dispositions de notre code pour faire autorité.

(1) *Beauchamp* v *Gourde* & *Beauchamp* & *Bureau*, 20 R. J. O., C. S., 260, Langelier J.

(2) Garsonnet, I, §315. Pigeau dit aussi que l'autorisation suffit : I p. 63 et suiv.

Section III

Des aliénés non interdits

139. Au nombre des personnes que l'article 986 du code civil déclare incapables de contracter se trouvent celles qui sont aliénées ou qui souffrent d'une aberration temporaire causée par accident, maladie, ivresse ou autre cause, ou qui, à raison de leur faiblesse d'esprit, sont incapables de donner un consentement valable.

Si l'on admet qu'un procès est un contrat judiciaire, il faut logiquement conclure de cet article que l'aliéné, même non interdit, ne peut figurer dans une instance judiciaire. Il est vrai que la démence ne rend pas nuls, avant l'interdiction, les actes de celui qui en souffre; elle ne les faits qu'annulables pour lésion. C'est là le motif qui paraît avoir déterminé la décision d'*Estimauville* v *Tousignant*, [1] où il a été jugé par M. le juge en chef Casault que "l'imbécile et celui qui est en démence jouissent de leurs droits tant qu'ils ne sont pas interdits et qu'ils peuvent valablement les invoquer en justice, et traduits là par eux les tiers peuvent valablement s'y défendre". Dans le même sens, il a été décidé : "That the incapacity arising from insanity only begins from the date of the interdiction, and up to that time the interdict remains, as regards third persons, at the head of his patrimony and preserves the gestion thereof, and third persons, not having quality to demand the interdiction, are entitled to serve all necessary notices and significations on the interdict prior to his actual interdiction" [2]. Ces deux décisions admettent le principe que

(1) I Q. L. R., 39.

(2) *Symes* v *Farmer*, 27 L. C. J., 185.

le défendeur, sur une poursuite intentée par un aliéné non interdit, a le droit de se défendre et que le jugement liera le demandeur. Ce principe n'est pas indiscutable. La défense de contracter, portée par l'article 986 ne s'étend-elle donc qu'aux contrats extrajudiciaires ? Puisqu'on admet que les actes faits par l'aliéné sont au moins annulables pour cause de lésion, n'est-il pas à redouter que, lésé par les actes de procédure qu'il aura pu faire, l'aliéné n'invoque cette lésion ? Questions qu'il est difficile de résoudre sans nier ce principe, surtout en présence de l'article 335 qui dit : Les actes antérieurs à l'interdiction prononcée pour imbécillité, démence ou fureur, peuvent cependant être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits.

Il y a plus. Même sans l'élément de la notoriété de la folie, nous préférons appliquer aux actes judiciaires le principe qui régit la validité des actes extrajudiciaires. On admet la nullité du contrat fait par un aliéné, dans un moment de folie ; n'est-il donc pas logique d'ajouter que le fou ne peut pas consentir valablement à s'engager dans un procès ?

140. A tout évènement, il faut se garder de donner à ces arrêts une portée qu'ils n'ont pas, et de conclure que, si l'on peut se défendre valablement à une poursuite intentée par un fou notoire, on soit obligé d'accepter le débat. Il faut dire, au contraire, qu'il est permis au défendeur, dans ce cas, de refuser de plaider avec un incapable.

Cette doctrine est celle qui a été adoptée par M. le juge Pagnuelo, dans la cause de *Aitkin* v *Galbraith* [1] : " un procès étant un contrat judiciaire, sur poursuite

(1) 6 R. J. O., C. S.. 379,

par un fou notoire, le défendeur a droit, par exception à la forme, d'obtenir congé de l'assignation à raison de l'incapacité du demandeur, et cela même sur poursuite en vertu d'un contrat fait avec ce dernier"; ainsi que par M. le juge Curran, en 1899, dans la cause de *Parizeau* v *Bélanger*[1]: "quand la partie demanderesse ne possède pas la plénitude de ses facultés mentales et est notoirement aliénée et incapable de donner un consentement valable à la poursuite intentée, l'action sera renvoyée sans frais, sur exception à la forme, sauf recours."

Quand on considère que l'action n'est que la mise en exercice d'un droit, que ce droit peut être perdu par suite d'une poursuite intentée sous une direction inefficace, il semble que cette théorie est la bonne, et que les fous, non interdits ou interdits, ne peuvent pas ester en justice. Dans un cas, il suffit à l'adversaire, pour refuser le débat, d'invoquer l'interdiction; dans l'autre, il lui faut prouver la folie notoire, ou qu'au moins la poursuite a été prise durant un intervalle de folie. Nous n'y voyons guère d'autre différence.

141. Nous n'avons parlé que des aliénés qui ne sont pas internés dans un établissement d'aliénés. Quant à ceux qui le sont, l'article 3232 des statuts refondus pourvoit à ce qu'il soit nommé un administrateur provisoire à leurs biens. Et cet administrateur a, sur la personne et les biens de l'aliéné, tous les pouvoirs, et est, quant à son administration, soumis à toutes les obligations d'un curateur ordinaire. Par curateur ordinaire, il faut évidemment entendre le curateur qui a sur la personne et les biens de l'aliéné les pouvoirs d'un tuteur sur la personne et les biens du

(1) 2 R. de P., 388.

mineur. Cela veut dire que cet administrateur provisoire représente l'aliéné et figure lui-même en ses nom et qualité, au procès qui l'intéresse. Les pouvoirs de cet administrateur cessent de plein droit dès que la personne ainsi internée dans un asile n'y est plus retenue ou lorsqu'il lui est nommé un curateur, en vertu des dispositions du code civil (Article 3234 S. R. Q.).

Il a été jugé, en 1892, qu'une exception à la forme à une action prise par une personne internée dans un asile d'aliénés, mais non interdite, ne doit pas être renvoyée sur réponse en droit, mais doit être considérée comme une mise en demeure de la demanderesse de se faire assister d'un curateur [1].

C'est une doctrine qui nous paraît douteuse. Nous supposons admis que l'on ne peut nommer de curateur à un aliéné sans le faire d'abord interdire. Or, permettre à l'interdit pour folie de soutenir une action, même avec l'assistance de son curateur, c'est commettre une erreur grave, c'est se méprendre sur l'étendue de l'incapacité de cet interdit qui, dans tous les actes civils, doit être représenté par un curateur. Dans l'arrêt que nous discutons, on a donné à l'exception à la forme un effet nouveau, celui d'être considérée comme une mise en demeure pour la demanderesse d'avoir à régulariser sa position en se faisant assister d'un curateur. Pour ne pas s'écarter des principes, il eût fallu, suivant nous, débouter l'aliéné de sa demande, sauf recours. Une fois l'interdiction prononcée, ce n'est pas à l'interdit, assisté du curateur, mais c'est au curateur seul que l'exercice de l'action appartient.

(1) *Mercier* v *Mercier*, 2 R. J. O., C. S., 479.

CHAPITRE CINQUIÈME

DE L'INCAPACITÉ DE PLAIDER DES FEMMES MARIÉES

GÉNÉRALITÉS

142. Nous avons jusqu'ici examiné les restrictions au droit de plaider qui se rattachent aux différences physiques ou morales qui se rencontrent parmi les hommes. Ces incapacités sont établies dans l'intérêt de ceux qui, à raison de leur âge, d'une infirmité intellectuelle ou morale, ou d'une excessive prodigalité, se trouvent dans une impossibilité plus ou moins complète de gérer convenablement leurs biens.

Il nous reste à étudier d'autres restrictions qui tiennent aux rapports d'autorité et de dépendance existant entre certaines personnes, par suite de leur état de famille, c'est-à-dire, l'incapacité d'ester en justice à laquelle est soumise, en thèse générale, la femme mariée.

Droit ancien

143. L'examen qui a déjà été fait de la condition de la femme en droit romain nous a démontré que son incapacité générale tenait plutôt à son état de fille de famille ou à l'institution de la tutelle perpétuelle, qu'à son état de femme mariée. Le mariage, à proprement parler, ne créait pas d'incapacité, la *manus* ne faisait que changer le titulaire de la puissance sur la femme. C'est dans ce sens que s'appliquait la maxime : *Bonum*

est mulierem quae se ipsam marito comittit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari.

Pour continuer cet aperçu historique très sommaire, nous citons maintenant une page de Baudry-Lacantinerie, sur la condition de la femme dans l'ancien droit français.

" Quant aux rapports mutuels des époux, dit cet auteur, notre ancienne jurisprudence avait préféré, aux principes libéraux du droit canon, des règles traditionnelles dans notre pays. Sans reconnaître en effet au mari ce pouvoir absolu qui lui avait appartenu en Gaule avant la conquête romaine, et qui faisait de la femme comme une esclave, du moins les coutumes germaines l'avaient-elles investi de la même puissance, le *mundium*, que possédait le père sur ses enfants. A vrai dire, c'était réellement la même, qui, par l'achat qui s'en faisait, passait du père, ou de tout autre *mundwald* de la femme, à l'époux. Tout en s'inspirant jusqu'à un certain point d'une pensée de tutelle et de protection d'un être impuissant à protéger ses droits, dans un état de société où on ne pouvait les sauvegarder que les armes à la main, et sans empêcher la femme d'être associée à la fortune et aux dignités du mari, cette puissance n'en conférait pas moins à l'homme l'autorité d'un supérieur, et, sans même parler des droits qu'elle lui donnait sur les biens de l'épouse, elle avait pour conséquence de priver cette dernière de la faculté d'en disposer et d'agir sans permission.

" Or, tandis que les pays de droit écrit conservaient à la femme, comme à Rome, dans le mariage *sine manu*, son entière capacité relativement à ses biens paraphernaux et l'autorisaient à faire tous les actes qui les concernaient dans la plénitude de son indépendance, ce

furent les principes originaux de notre ancien droit qui se firent recevoir dans nos pays de Coutume.

" Du *mundium* primitif, qui maintenait les femmes en tutelle perpétuelle, et qui trouve une nouvelle raison d'être dans le régime féodal tant que le service militaire du fief fut considéré comme essentiel et que, incapables de le fournir, elles furent jugées corrélativement incapables d'exercer l'autorité dont il était le prix, notre droit coutumier affranchit la fille ou la veuve lorsque la possession du fief n'obligea plus qu'à de simples prestations, mais il laissa subsister l'autorité maritale dans l'intérêt de la bonne administration du ménage. Emancipée par le mariage, si elle ne l'est déjà, de la puissance du père, la femme retombe sous la tutelle et la *mainbournie* de son conjoint, qui réunit comme tel entre ses mains le gouvernement de sa personne et de ses biens. Ce gouvernement est même d'autant plus absolu à l'origine qu'il fait naître de lui-même, entre les deux époux, une communauté de biens qu'ils ne sauraient exclure en stipulant la séparation de leur intérêt, et son chef est proclamé " seigneur et maître " de tous les droits et actions qui appartiennent à sa femme, tandis qu'elle-même est déclarée incapable de contracter, d'ester en justice et même de tester.

" Dans les pays de droit écrit, au contraire, la femme mariée avait conservé relativement à ses biens paraphernaux l'indépendance dont elle avait joui à Rome, à partir du moment où la *manus* et la *tutela muliebris* étaient tombées en désuétude, et cette indépendance n'avait été tempérée, jusqu'à la déclaration d'août 1606, que par les prohibitions du sénatus-consulte Velléien ". [1]

(1) Des Personnes, II, No 1410.

" Nos coutumes, dit Pothier [1], ont mis la femme dans une telle dépendance de son mari, qu'elle ne peut rien faire de valable, et qui ait quelque effet civil, si elle n'a été habilitée et autorisée par lui à le faire. La nécessité de l'autorisation du mari n'est fondée que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme, qui ne permet pas à sa femme de rien faire que dépendamment de lui. Elle est donc requise, non pas en faveur de la femme, mais en faveur du mari. L'autorisation du mari peut être suppléée par celle du juge. La femme mariée ne peut ordinairement ester en jugement sans l'assistance de son mari. L'article 224 de la Coutume de Paris dit : Femme ne peut ester en jugement sans le consentement de son mari, si elle n'est autorisée, ou séparée par justice, et la dite séparation exécutée.

" Le pouvoir que la Coutume donne aux femmes mariées d'ester en jugement, sans l'assistance de leur mari étant une suite du pouvoir que la séparation leur donne d'administrer leurs biens, sans avoir besoin pour cela de leurs maris, il est évident que cette exception pour les femmes séparées, ne doit s'entendre que des actions qui concernent l'administration de leurs biens, qu'elles peuvent intenter, et auxquelles elles peuvent défendre, sans leurs maris. A l'égard de celles qui concernent la propriété de leurs immeubles, les femmes, quoique séparées, ne peuvent les intenter ni y défendre sans l'assistance de leurs maris, ou l'autorisation du juge."

En résumé, l'ancien droit français ne fait guère de différence entre la capacité de la femme mariée de s'obliger et celle d'ester en jugement. Son incapacité, quand elle existe, est complète et entraîne une nullité absolue.

(1) Puissance du Mari, Nos 21, 55, 61.

Droit français moderne

144. Le droit français moderne diffère considérablement du droit ancien, sur la matière. L'acticle 215 du code Napoléon dit : La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune ou séparée de biens.

Tandis que pour les autres actes de la vie civile, le régime matrimonial adopté par les époux dispense fréquemment la femme de la nécessité d'une autorisation, cette autorisation est toujours requise pour plaider [1].

La dépendance de la femme joue certainement un rôle important dans son incapacité, mais ce n'est plus le rôle dominant, comme dans l'ancien droit. L'incapacité n'est plus absolue, elle n'est prononcée, comme celle du mineur, que dans l'intérêt privé de la femme mariée et peut en conséquence être invoquée seulement par elle-même ou ses représentants et non par la partie qui aurait volontairement procédé contre elle. Le mari peut aussi l'invoquer, non seulement parce qu'il a autorité sur sa femme, mais encore parce qu'il doit veiller sur les intérêts généraux de la famille dont il est le chef, intérêts que la loi veut sauvegarder en imposant la nécessité de l'autorisation [2]. « La femme mariée, dit Garsonnet [3], peut ester en justice lorsqu'elle n'est pas dotale, mais seulement avec l'autorisation de son mari ou de justice ; sous quelque régime qu'elle soit mariée et quand même elle serait marchande publique ; en quelque

(1) Boitard, I, p. 107.

(2) Laurent, III, No 95.

(3) I, p. 530.

matière que ce soit ; quoique l'instance ait commencé avant le mariage, et aussi bien quand la femme est étrangère que lorsqu'elle est française, à moins que son statut personnel ne lui permette d'agir sans autorisation, laquelle peut d'ailleurs être tacite. "

Ajoutons que les causes de femmes non autorisées sont communiquées au ministère public.

La question de savoir quel est le fondement de l'incapacité générale de la femme mariée a toujours été fort débattue en France. On explique, par divers systèmes, sa raison d'être et la pensée du législateur. Si l'on admet généralement que la femme mariée n'est pas incapable *propter fragilitatem sexus*, comme l'est le mineur, *propter fragilitatem ætatis*, on ne s'entend pas sur le point de savoir si le fondement de cette incapacité est uniquement dans l'obligation d'obéissance dont la femme est tenue envers son mari, ou si, à cette idée principale, il faut ajouter accessoirement celle de la faiblesse et de l'inhabileté de la femme aux affaires.

Droit canadien

145. Nous pensons, avec M. Mignault [1], que l'idée qui domine dans notre droit sur cette question, c'est celle de l'obéissance due par la femme au mari. Ajoutons qu'à cette idée principale doit s'unir une vue de protection de la famille et même de la femme, non pas à raison de son sexe, mais à cause du rôle qu'elle a à remplir dans cette société qu'est le mariage, rôle qui souvent lui impose le devoir de ne pas user de certains recours que lui donne la loi.

(1) I, p. 507.

Puisque cette incapacité découle de la puissance maritale, qui est d'ordre public, il s'en suit que, chez nous, la nullité qu'elle entraîne doit être absolue. Des textes formels d'ailleurs le déclarent.

Bien que, dans notre droit, l'incapacité de la femme puisse être modifiée par le contrat de mariage, il faut cependant dire que, comme dans l'ancien droit et sous l'empire du code Napoléon, elle résulte non pas de ce contrat, mais du fait seul du mariage. Nous verrons dans l'étude des détails, les conséquences de cette distinction.

Citons, comme transition, cet exposé du principe qui régit la matière :

" La capacité de la part de la femme, dit Loranger [1], de faire les actes judiciaires sans autorisation, se règle en général sur celle de faire les actes extrajudiciaires. Ce principe reçoit cependant des exceptions. Ainsi, d'après l'article 176 C. C., la femme séparée de biens peut ester en jugement seule et sans le concours de son mari, pour les actes de simple administration. Elle peut intenter seule toutes les actions, et faire toutes les procédures judiciaires qui appartiennent aux administrateurs du bien d'autrui, c'est-à-dire qui tendent à la conservation des biens et à la perception de leurs revenus ; mais nulle action tendant à l'aliénation des biens ne lui appartient. En général, les actions personnelles mobilières seules lui appartiennent, et les actions réelles et mixtes lui sont interdites, comme tendant à aliéner ses immeubles et les droits réels.

" La femme commune en biens comme la femme non commune, c'est-à-dire mariée sous la simple exclusion de communauté, et la femme marchande publique, bien

(1) 1, No 467.

que cette dernière puisse s'obliger, ne peuvent ester en jugement sans l'autorisation de leur mari, mais ainsi que la femme séparée de biens dans les cas où l'action ne lui appartient pas, elles doivent, dans les cas de refus ou d'impossibilité du mari de les autoriser, demander l'autorisation du juge qui s'obtient comme pour les actes extrajudiciaires."

146. La capacité de la femme d'ester en justice est déterminée par l'article 176 du code civil qui se lit comme suit :

" La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, ou son assistance, quand même elle serait non commune ou marchande publique. Celle qui est séparée de biens ne le peut faire non plus, si ce n'est dans les cas où il s'agit de simple administration."

Le droit de plaider de la femme est reconnu par la loi. Son mariage a pour effet d'imposer une restriction à l'exercice de ce droit et de modifier sa capacité, en rendant nécessaire l'intervention de son mari ou celle du juge dans les procès qui l'intéressent. Sans cette intervention, la femme mariée, tout en conservant son droit, ne peut l'exercer. On peut poser le principe en d'autres termes et dire que la femme mariée peut plaider, mais qu'elle ne peut plaider seule. Son incapacité se distingue donc profondément de celle du mineur non émancipé et de l'interdit pour cause de folie, qui ne plaident pas eux-mêmes mais qui sont représentés au procès par un tiers. La femme plaide elle-même, en son nom, toujours : le rôle de son mari se borne à l'autoriser ou à l'assister, celui du juge, à fournir l'autorisation qu'elle ne peut avoir du mari. D'autre part, son incapacité d'ester en justice seule, quand elle existe,—et c'est le cas général,—entraîne nullité absolue de ses actes.

Le principe général donc, c'est l'incapacité de la femme de plaider, d'ester en justice, (*sistere in judicio*), sans autorisation. Mais puisque en toute matière la capacité est la règle, et l'incapacité, l'exception, il faut dire que ce principe posé par notre code constitue une loi restritive, une dérogation au droit commun.

Il convient donc de diviser ce chapitre, suivant le même système que celui " Des mineurs " et d'étudier :

1° Les cas où la femme mariée, retombant sous l'empire du droit commun, peut plaider seule, sans autorisation ;

2° L'étendue, la portée de son incapacité de plaider seule, en dehors de ces cas ;

3° Ce que doit être l'autorisation ou l'assistance dont la femme a besoin pour ester en justice et les effets de cette autorisation ;

4° Enfin, nous ajoutons un paragraphe spécial où il nous a paru opportun de rapporter la jurisprudence sur le cas des actions dans lesquelles figure une femme commune en biens, autorisée de son mari.

Section I

Des cas où la femme peut plaider seule sans autorisation.

147. Il est bon de rappeler que la femme mariée étant déclarée, par l'article 176, incapable d'exercer seule en justice les droits qui lui compètent, les cas où elle le peut faire sont ceux-là seuls en faveur desquels la loi crée une exception formelle.

La plus importante de ces exceptions est celle où il s'agit pour une femme séparée de biens, de figurer, comme demanderesse ou défenderesse, dans les procès qui concernent l'administration de ses biens.

§ Ier — DU DROIT DE PLAIDER DE LA FEMME SÉPARÉE DE BIENS, QUANT AUX ACTES D'ADMINISTRATION.

148. L'incapacité de la femme n'est pas une conséquence du contrat de mariage, avons-nous vu ; elle découle du fait seul du mariage, par lequel est établie entre les époux une communauté d'intérêts dont il est bon que le mari soit le chef ou au moins la tête dirigeante. Sur cette question, notre code pose une règle entièrement différente de celle du droit français.

Le code Napoléon maintient dans toute sa rigueur le principe que la puissance maritale étant d'ordre public, il n'est jamais permis aux époux d'y renoncer même en partie. Et quel que soit le régime adopté par eux, la femme ne peut pas plaider seule. " La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari... quand même elle serait séparée de biens ", dit l'article 215 de ce code.

Notre article 176, en revenant à peu près aux dispositions de l'ancien droit, établit une dérogation au principe qu'il ne peut être fait de convention pour modifier une règle d'ordre public, et stipule formellement que, par le contrat de mariage, le mari peut renoncer à une partie de sa puissance maritale. C'est l'effet que la loi donne à la stipulation au contrat, du régime de la séparation de biens. Le même effet est attaché au jugement déclarant les époux séparés, soit de biens, soit de corps et de biens. La loi applique ici logiquement le principe

que la puissance maritale découlant de la loi, celle-ci peut déléguer au juge le pouvoir qu'elle enlève au mari.

La loi qui impose la nécessité générale de l'autorisation, crée donc une fiction en vertu de laquelle le mari qui stipule séparation de biens est censé donner à sa femme une autorisation générale d'ester en justice. Mais cette autorisation implicite, comme toute autorisation générale expresse, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme (Article 181 C. C.).

Le code Napoléon, tout en permettant cette autorisation générale quant aux actes d'administration, la restreint du moment qu'il s'agit pour la femme de les faire sanctionner en justice. C'est peut-être logique, parce qu'on considère la femme comme un mineur et qu'on la protège à outrance. Mais notre droit ne frappant la femme d'incapacité qu'à raison de ses relations avec son mari, il est raisonnable de lui laisser le droit de faire reconnaître par les tribunaux la validité des actes administratifs que son mari l'autorise à faire seule.

Ainsi donc, sans adopter la règle de l'ancien droit qui ne faisait pas de différence entre la capacité de s'obliger et la capacité d'ester en justice ; et en suivant un système absolument contraire à celui du code Napoléon, qui refuse le droit de plaider même à la femme séparée de biens, notre code adopte un moyen terme et permet à la femme séparée de biens d'ester en justice, mais il limite cette capacité aux procès qui découlent des actes de simple administration.

Pour avoir le droit de plaider seule, il faut 1° que la femme soit séparée de biens ; 2° qu'il s'agisse de simple administration.

PREMIÈRE CONDITION : **séparation de biens**

149. Il n'y a pas lieu de distinguer, quand la loi ne le fait pas, si cette séparation de biens est stipulée au contrat de mariage, ou si elle a été prononcée par un jugement. Cette capacité est une conséquence immédiate de la séparation, il n'est pas nécessaire que les parties s'en soient exprimées, ni que le jugement prononçant la séparation l'accorde. Cela ne peut faire l'objet d'un doute. Et cependant, pour ce qui concerne la séparation de biens dérivant d'un jugement qui a prononcé la séparation de corps, le législateur a cru devoir répéter que cette séparation rend la femme capable d'ester en jugement " pour tout ce qui regarde l'administration de ses biens " (Article 210 C. C.).

(Le même article ajoute que pour les poursuites tendant à l'aliénation de ses immeubles, la femme a besoin de l'autorisation de son mari, ou sur son refus, de celle du juge. L'article 176 le disait déjà)

En France la séparation de corps n'a pas pour effet de permettre à la femme de plaider même pour les actes d'administration.

150. Pour que l'action soit recevable, dans notre droit, il faut évidemment que la femme y soit décrite comme séparée de biens, puisque sans cela elle est supposée commune en biens. Nous verrons plus loin cependant que la cour d'appel ou plutôt la majorité de cette cour a refusé d'adopter cette opinion, qui est cependant celle de la cour suprême. Faut-il qu'il soit déclaré que la femme partie au procès est séparée de biens par contrat de mariage ou par jugement ? Pigeau l'exige [1].

(1) I, No 64.

Notre jurisprudence sur ce point est indécise. En 1884, dans la cause de *Prosser* v *Creighton* [1], le juge Torrance a jugé que oui. En 1889, dans la cause de *Hovey* v *Nolin* [2], la cour de revision, à Montréal, a jugé qu'il n'était pas nécessaire de dire au bref si la séparation était judiciaire ou contractuelle ; et en 1897, dans la cause de *Tarte* v *Mander* [3], le juge Lynch a jugé dans le même sens. Mais la même année (1897) dans la cause de *Martel* v *Tanguay* [4], M. le juge Mathieu a décidé qu'il doit être établi si la séparation est par contrat ou par jugement, sinon une exception à la forme sera maintenue. Dans une cause de *Nodheimer* v *Farrell* [5], M. le juge Archibald, en 1897, a décidé que sur une poursuite dirigée contre une femme dont le mari est en cause seulement pour l'autoriser, la femme doit être décrite comme séparée de biens, autrement elle doit être considérée comme commune et sans droit d'exercer les actions de la communauté. Ajoutons que dans une cause de *Thivierge* v la *Corporation de St-Vincent-de-Paul* [6], il a été jugé, en 1898, qu'il peut être permis à une femme qui poursuit ainsi sans déclarer qu'elle est séparée de biens d'amender le bref en ajoutant à sa description les mots " séparée de biens ".

(1) 7 L. N., 104.

(2) 18 R. L., 439.

(3) 1 R. P., 60.

(4) I R. de P., 60.

(5) 3 R. L., n. s., 451.

(6) 4 R. L., n. s., 165.

SECONDE CONDITION : **Actes d'administration**

151. On a déjà signalé, dans une cause de *Lamontagne* v *Lamontagne*, que nous examinerons plus loin, la différence qu'il y a entre l'article 176 du code civil, d'une part, quant à la capacité d'ester en justice, et, d'autre part, les articles 177, 1318 et 1422, quant à la capacité de contracter ou de s'obliger.

L'article 177 dit que " si la femme est séparée de biens, elle peut faire seule tous les actes et contrats qui concernent l'administration de ses biens ". C'est la reproduction de l'ancien droit : et les auteurs appellent l'article correspondant du code Napoléon (217), un *article principe*, dont la disposition doit prévaloir de manière à restreindre la portée des articles 1318 et 1422 de notre code civil qui se lisent comme suit :

ARTICLE 1318.—La femme séparée soit de corps et de biens, soit de biens seulement, en reprend la libre administration. Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari ou sans être autorisée en justice à son refus.

ARTICLE 1422.—Lorsque les époux ont stipulé, par leur contrat de mariage, qu'ils seront séparés de biens, la femme conserve l'entière administration de ses biens meubles et immeubles et la libre jouissance de ses revenus.

Notre article 1318 reproduit l'article 1449 du code Napoléon, et l'article 1422 reproduit l'article 1536 du même code.

La doctrine et la jurisprudence françaises interprètent ces deux derniers articles (1449 et 1536) de manière à donner prépondérance à l'article 217 C. N. (177 C. C.). Cette interprétation est certainement la

dirigée. Les conditions préalables auxquelles il est tenu de se conformer avant d'agir sont analogues à celles qui concernent le tuteur. Il n'est pas tenu, pour ester en justice, de faire enregistrer la curatelle [1].

Comme, aux termes de l'article 343 du code civil, il a sur la personne et les biens de l'interdit tous les pouvoirs d'un tuteur sur la personne et les biens de son pupille, on peut dire que son droit de plaider pour l'interdit s'étend à toutes les actions moins une, celle en partage définitif des immeubles, à laquelle il peut cependant défendre, mais qu'il ne peut pas intenter sans autorisation judiciaire (305 et 691 C. C.). Que si l'interdiction est prononcée contre l'une des parties au procès au cours de l'instance, celle-ci ne peut être reprise que par le curateur.

Le curateur ne peut cependant pas appeler d'un jugement sans l'autorisation du juge [2]; pas même, d'après une décision de M. le juge Davidson, de la sentence relevant l'interdit de l'interdiction [3]. Il ne peut non plus transiger ni acquiescer à une demande judiciaire sans cette autorisation. Nous nous contentons de renvoyer à ce que nous avons dit des pouvoirs du tuteur, vu l'analogie des deux cas.

La cour de revision a jugé que le curateur à l'interdit pour démence n'a pas besoin de l'autorisation du juge pour intenter une action en résiliation d'une vente que l'interdit aurait consentie avant son interdiction, mais à un moment où il ne pouvait, à cause de sa démence, donner un consentement valable.

(1) *Savage* v *Filion*, 16 R. L., 297.

(2) *Clément* v *Francis*, cour d'appel, 6 L. N., 325, 1883.

(3) *Proulx* v *Proulx*, 35 L. C. J., 108.

131. Remarquons enfin que le curateur, comme le tuteur à l'égard du mineur, ne peut plus représenter l'interdit en justice quand il s'agit d'un différend à démêler avec lui. Il ne peut pas plaider personnellement contre lui-même, en sa qualité de curateur. Dans ces cas, l'interdit est représenté par un curateur *ad hoc*. Les pouvoirs de ce curateur *ad hoc* s'étendent seulement aux objets à discuter avec le curateur (Art. 346 C. C). Ainsi la cour de revision (Loranger, de Lorimier et Archibald JJ.) en 1896, a jugé que le curateur *ad hoc* ne peut intenter une action en reddition de compte contre les représentants du curateur décédé, une telle action n'appartenant qu'au curateur ordinaire [1].

§ II—DE L'INTERDIT POUR PRODIGALITÉ

132. La capacité juridique de l'interdit pour prodigalité est loin d'être aussi clairement définie. Les motifs qui déterminent ici l'interdiction sont d'une nature tout autre que les motifs déterminant l'interdiction pour démence. Les effets n'en sont pas non plus les mêmes. Ainsi, pour rendre nul l'acte de ce dernier il suffit qu'il ait été fait pendant l'interdiction ; le prodigue, pour faire annuler son acte doit prouver non seulement son interdiction mais encore préjudice (334 C. C.). Sous ce rapport la loi le place sur le même pied qu'un mineur. Mais il ne peut être assimilé absolument à un mineur. En effet, le tuteur du mineur le représente dans tous les actes de la vie civile ; non seulement il administre ses biens, mais il prend soin de sa personne (290 C. C.) ; tandis que le curateur du prodigue n'a de pouvoirs que sur les biens (343 C. C.). Le curateur du prodigue a

(1) *Wilson* v *Blanchard*, 12 R. J. O., C. S., 132.

dirigée. Les conditions préalables auxquelles il est tenu de se conformer avant d'agir sont analogues à celles qui concernent le tuteur. Il n'est pas tenu, pour ester en justice, de faire enregistrer la curatelle [1].

Comme, aux termes de l'article 343 du code civil, il a sur la personne et les biens de l'interdit tous les pouvoirs d'un tuteur sur la personne et les biens de son pupille, on peut dire que son droit de plaider pour l'interdit s'étend à toutes les actions moins une, celle en partage définitif des immeubles, à laquelle il peut cependant défendre, mais qu'il ne peut pas intenter sans autorisation judiciaire (305 et 691 C. C.). Que si l'interdiction est prononcée contre l'une des parties au procès au cours de l'instance, celle-ci ne peut être reprise que par le curateur.

Le curateur ne peut cependant pas appeler d'un jugement sans l'autorisation du juge [2]; pas même, d'après une décision de M. le juge Davidson, de la sentence relevant l'interdit de l'interdiction [3]. Il ne peut non plus transiger ni acquiescer à une demande judiciaire sans cette autorisation. Nous nous contentons de renvoyer à ce que nous avons dit des pouvoirs du tuteur, vu l'analogie des deux cas.

La cour de revision a jugé que le curateur à l'interdit pour démence n'a pas besoin de l'autorisation du juge pour intenter une action en résiliation d'une vente que l'interdit aurait consentie avant son interdiction, mais à un moment où il ne pouvait, à cause de sa démence, donner un consentement valable.

(1) *Savage* v *Filion*, 16 R. L., 297.

(2) *Clément* v *Francis*, cour d'appel, 6 L. N., 325, 1883.

(3) *Proulx* v *Proulx*, 35 L. C. J., 108.

131. Remarquons enfin que le curateur, comme le tuteur à l'égard du mineur, ne peut plus représenter l'interdit en justice quand il s'agit d'un différend à démêler avec lui. Il ne peut pas plaider personnellement contre lui-même, en sa qualité de curateur. Dans ces cas, l'interdit est représenté par un curateur *ad hoc*. Les pouvoirs de ce curateur *ad hoc* s'étendent seulement aux objets à discuter avec le curateur (Art. 346 C. C). Ainsi la cour de revision (Loranger, de Lorimier et Archibald JJ.) en 1896, a jugé que le curateur *ad hoc* ne peut intenter une action en reddition de compte contre les représentants du curateur décédé, une telle action n'appartenant qu'au curateur ordinaire [1].

§ II—DE L'INTERDIT POUR PRODIGALITÉ

132. La capacité juridique de l'interdit pour prodigalité est loin d'être aussi clairement définie. Les motifs qui déterminent ici l'interdiction sont d'une nature tout autre que les motifs déterminant l'interdiction pour démence. Les effets n'en sont pas non plus les mêmes. Ainsi, pour rendre nul l'acte de ce dernier il suffit qu'il ait été fait pendant l'interdiction ; le prodigue, pour faire annuler son acte doit prouver non seulement son interdiction mais encore préjudice (334 C. C.). Sous ce rapport la loi le place sur le même pied qu'un mineur. Mais il ne peut être assimilé absolument à un mineur. En effet, le tuteur du mineur le représente dans tous les actes de la vie civile ; non seulement il administre ses biens, mais il prend soin de sa personne (290 C. C.) ; tandis que le curateur du prodigue n'a de pouvoirs que sur les biens (343 C. C.). Le curateur du prodigue a

(1) *Wilson* v *Blanchard*, 12 R. J. O., C. S., 132.

dirigée. Les conditions préalables auxquelles il est tenu de se conformer avant d'agir sont analogues à celles qui concernent le tuteur. Il n'est pas tenu, pour ester en justice, de faire enregistrer la curatelle [1].

Comme, aux termes de l'article 343 du code civil, il a sur la personne et les biens de l'interdit tous les pouvoirs d'un tuteur sur la personne et les biens de son pupille, on peut dire que son droit de plaider pour l'interdit s'étend à toutes les actions moins une, celle en partage définitif des immeubles, à laquelle il peut cependant défendre, mais qu'il ne peut pas intenter sans autorisation judiciaire (305 et 691 C. C.). Que si l'interdiction est prononcée contre l'une des parties au procès au cours de l'instance, celle-ci ne peut être reprise que par le curateur.

Le curateur ne peut cependant pas appeler d'un jugement sans l'autorisation du juge [2]; pas même, d'après une décision de M. le juge Davidson, de la sentence relevant l'interdit de l'interdiction [3]. Il ne peut non plus transiger ni acquiescer à une demande judiciaire sans cette autorisation. Nous nous contentons de renvoyer à ce que nous avons dit des pouvoirs du tuteur, vu l'analogie des deux cas.

La cour de revision a jugé que le curateur à l'interdit pour démence n'a pas besoin de l'autorisation du juge pour intenter une action en résiliation d'une vente que l'interdit aurait consentie avant son interdiction, mais à un moment où il ne pouvait, à cause de sa démence, donner un consentement valable.

(1) *Savage* v *Filion*, 16 R. L., 297.

(2) *Clément* v *Francis*, cour d'appel, 6 L. N., 325, 1883.

(3) *Proulx* v *Proulx*, 35 L. C. J., 108.

131. Remarquons enfin que le curateur, comme le tuteur à l'égard du mineur, ne peut plus représenter l'interdit en justice quand il s'agit d'un différend à démêler avec lui. Il ne peut pas plaider personnellement contre lui-même, en sa qualité de curateur. Dans ces cas, l'interdit est représenté par un curateur *ad hoc*. Les pouvoirs de ce curateur *ad hoc* s'étendent seulement aux objets à discuter avec le curateur (Art. 346 C. C). Ainsi la cour de revision (Loranger, de Lorimier et Archibald JJ.) en 1896, a jugé que le curateur *ad hoc* ne peut intenter une action en reddition de compte contre les représentants du curateur décédé, une telle action n'appartenant qu'au curateur ordinaire [1].

§ II—DE L'INTERDIT POUR PRODIGALITÉ

132. La capacité juridique de l'interdit pour prodigalité est loin d'être aussi clairement définie. Les motifs qui déterminent ici l'interdiction sont d'une nature tout autre que les motifs déterminant l'interdiction pour démence. Les effets n'en sont pas non plus les mêmes. Ainsi, pour rendre nul l'acte de ce dernier il suffit qu'il ait été fait pendant l'interdiction ; le prodigue, pour faire annuler son acte doit prouver non seulement son interdiction mais encore préjudice (334 C. C.). Sous ce rapport la loi le place sur le même pied qu'un mineur. Mais il ne peut être assimilé absolument à un mineur. En effet, le tuteur du mineur le représente dans tous les actes de la vie civile ; non seulement il administre ses biens, mais il prend soin de sa personne (290 C. C.) ; tandis que le curateur du prodigue n'a de pouvoirs que sur les biens (343 C. C.). Le curateur du prodigue a

(1) *Wilson* v *Blanchard*, 12 R. J. O., C. S., 132.

peut elle-même céder ses biens, sans que son mari soit mis en cause pour l'assister et sans autorisation judiciaire.

Mais si, sans être marchande, elle produit seule une réclamation contre un insolvable qui a fait cession de ses biens, peut-elle répondre, sans l'autorisation ou l'assistance de son mari, à une contestation de la collocation faite en sa faveur ?

La cour de revision à Montréal (Loranger, Davidson et Doherty JJ.) a décidé l'affirmative, en 1895, dans la cause de *Robitaille* v *Bussières & Proulx* [1]. Dans l'espèce, c'est la femme elle-même qui invoquait son incapacité. " La créancière colloquée, a dit M. le juge Loranger, se plaint du défaut d'autorisation de la part de son mari sur la contestation de sa collocation. Elle a elle-même produit sa réclamation sans y être autorisée par son mari, et elle pouvait le faire, sa demande n'étant qu'un simple acte d'administration. Lorsque les contestants se sont décidés à opposer sa demande, ils ont cru prudent de mettre le mari en cause, et ils lui ont fait signifier leur contestation. Cette signification n'était pas nécessaire, parce qu'aux termes de l'acticle 176 C. C., la femme séparée de biens était autorisée à continuer seule le litige engagé sur sa demande. Il n'y avait en cela qu'un acte d'administration qu'elle pouvait faire seule." Cependant, la cour d'appel, dans la cause de *Paquin* v *Dawson* [2], a jugé que le dépôt du bilan fait par la femme marchande publique sans autorisation, et dans lequel elle se reconnaît débitrice d'un tiers en faveur duquel son mari avait endossé un billet du nom de sa femme, ne vaut pas ratification de cet endossement non

(1) 3 R. de P., 429.

(2) 4 R. J. O., B. R., 72.

autorisé, vu que le mari n'avait pas été mis en cause sur la demande de cession faite à la femme. Et dans une cause de *Catelli* v *Ferland* [1], il a été jugé que dans une demande de cession de biens, adressée à une femme mariée, marchande publique, le mari de cette femme doit être mis en cause pour l'assister aux fins de la cession de biens, et ce défaut d'adresser la demande de cession au mari comme à la femme, entraîne la nullité de toutes les procédures.

158. Garantie.—En 1899, M. le juge Mathieu a jugé : "La femme séparée de biens qui est poursuivie pour le recouvrement d'une créance et qui poursuit en garantie un tiers qui s'est obligé de la payer pour elle n'est pas tenue de se faire autoriser par son mari pour intenter cette action en garantie ; en vertu des articles 176 et 1422, la femme séparée de biens peut suivre en justice, tant en demandant qu'en défendant, les actions mobilières qui lui appartiennent [2].

159. Oppositions.—En 1852, les juges Bacquet et Duval ont décidé que la femme séparée de biens contractuellement peut ester en jugement sans l'assistance ou l'autorisation de son mari, par opposition, pour la conservation de ses biens mobiliers [3]. En 1865, le juge Badgley a décidé : "que la femme séparée de biens ne peut former une opposition à fin de distraire un immeuble saisi, sans l'autorisation de son mari, et que, quoique l'opposante allègue qu'elle est autorisée, cette opposition sera rejetée sur exception à la forme, si l'opposante, examinée comme témoin, déclare qu'elle

(1) 4 R. J. O., C. S., 375.

(2) *Homier* v *Marcoux*, 18 R. L., 574.

(3) *Cary* v *Ryland*, 3 L. C. R., 132.

n'a pas eu cette autorisation [1] ". En 1880. le juge Torrance a décidé qu'en vertu de l'article 176, une femme séparée de biens peut ester en jugement et former opposition à la vente de ses effets mobiliers sous saisie sans l'autorisation ou l'assistance de son mari [2]. En 1898, M. le juge Mathieu a décidé qu'une femme séparée de biens n'a pas besoin de l'autorisation de son mari pour faire une opposition à fin de distraire [3]. La même année, M. le juge Champagne a rendu une décision identique sur une opposition faite par la femme à la vente de ses biens saisis pour les dettes de son mari [4].

160. Revendication.—Le 7 mars 1902, M. le juge Mathieu a décidé que la femme séparée de biens par contrat de mariage peut ester en justice sans l'assistance ni l'autorisation de son mari, ni d'un juge, pour l'administration et la conservation de ses biens mobiliers ; partant elle peut, seule, intervenir dans une cause pour la conservation de ses biens mobiliers, une telle procédure n'étant qu'un acte de simple administration [5].

161. Testament.—En 1890, la cour de revision, à Montréal, (Johnson, Jetté et Mathieu JJ.), a jugé qu'une action ayant pour objet l'annulation d'un testament ne constitue pas un acte de simple administration, et partant, la femme séparée de biens ne peut intenter une telle action sans l'autorisation de son mari [6].

(1) *Blumhart* v *Boulé & Hubert*, 1 L. C. L. J., p. 63.

(2) *Owens* v *Laflamme & Charest*, 24 L. C. J., 207.

(3) *Grothé* v *Maisonneuve & Nelson*, 13 R. J. O., C. S., 345.

(4) *Laurent* v *Armitage & Dickson*, 1 R. de P., 590.

(5) *Beauchamp* v *Beauchamp & Gibut*, 4 R. de P., 400.

(6) *Lamontagne* v *Lamontagne*, 7 M. L. R., C. S., 162.

162. De l'ensemble de cette jurisprudence et des principes posés, il nous paraît résulter que dans l'interprétation des divers cas qui peuvent se présenter, les règles suivantes doivent être observées :

Il faut d'abord examiner si les allégations de l'action énoncent des actes d'administration, et alors permettre à la femme de plaider ; refuser ce droit si, *primâ facie*, il s'agit d'actes qui ne paraissent pas être d'administration.

D'autre part, il ne faut pas entrer dans l'examen du droit que ces actes ou faits, apparemment administratifs, peuvent donner pour ou contre la femme seule en cause. Il faut distinguer entre le droit et l'exercice de ce droit, entre le mérite de l'action et la capacité d'ester en justice sur cette action.

§ II—DE LA FEMME DE CELUI QUI EST MORT CIVILEMENT

163. Un cas spécial où la femme mariée peut ester en justice seule, est celui où son mari est mort civilement.

L'article 36 du code civil est formel : "Le conjoint de la personne morte civilement peut exercer les droits et actions auxquels sa mort naturelle donnerait lieu." La femme est donc considérée comme une veuve, qui a pleine capacité de plaider. Il n'y a plus, chez le mari mort à la vie civile, de puissance maritale ; la femme ne lui doit plus obéissance suivant les principes du droit civil ; la communauté d'intérêts que le mari devait diriger n'existe plus : la raison d'être de l'incapacité de la femme s'est donc évanouie.

164. Les termes clairs de notre article permettent

de dire qu'il n'y a pas lieu de distinguer si la femme est ou non séparée de biens, s'il s'agit d'actions mobilières ou d'actions immobilières, et à plus forte raison, s'il s'agit ou non d'actes d'administration. L'action de la femme est recevable du moment qu'il est allégué et prouvé que le mari est mort civilement, cela même si l'action réclame des gains de survie. Il est vrai que, par ce même article 36, il est déclaré que la mort civile ne donne pas ouverture aux gains de survie, sauf lorsque cet effet résulte des termes du contrat de mariage. Mais c'est là une question qui concerne exclusivement le droit d'action et qui sera décidée par le jugement sur le mérite. La femme qui poursuit de la sorte pourra perdre son procès, mais on ne peut lui nier la capacité de l'intenter.

§ III—ACTION CONTRE AUBERGISTE

165. Un second cas, plus exceptionnel, où l'on déroge à la règle de l'incapacité de la femme mariée d'ester en justice, c'est celui qui est prévu par la loi 41 Victoria ch. 31, s. 97. Ce statut permet à une femme mariée d'intenter une action en dommages en son propre nom, sans l'autorisation de son mari, contre toute personne qui vend des liqueurs enivrantes, malgré l'avis donné aux aubergistes de ne pas vendre à son mari.

L'article 928 des statuts refondus, où cette loi est reproduite, dit : " La femme de celui qui a l'habitude de boire avec excès des liqueurs enivrantes... peut donner avis par écrit, à toute personne qui vend habituellement des liqueurs enivrantes, de ne pas en vendre ou en livrer à son mari."

L'article 929 accorde à la femme, sur contravention

de l'aubergiste à cet avis, une action en dommages personnels contre lui, où elle peut recouvrer de dix à cinq cents piastres.

L'article 931 ajoute : " Toute femme mariée peut, nonobstant l'article 176 du code civil, intenter une semblable action en son propre nom sans l'autorisation de son mari. Les dommages recouvrés par elle sont, dans ce cas, pour son seul usage."

Tout ceci est très clair et formel et s'applique aussi bien à la femme commune en biens qu'à celle qui est séparée.

Cette disposition se retrouve dans l'acte des licences [1]. Elle vient d'être appliquée dans une cause de *Faulkner* v *Faulkner* [2].

§ IV—EN MATIÈRE CRIMINELLE

166. La femme mariée, poursuivie en matière criminelle, correctionnelle ou de police, peut valablement se défendre et plaider sa cause, seule. On dit que c'est une exception à la règle que l'incapacité de la femme mariée d'ester en justice existe aussi bien quand la femme mariée est défenderesse que quand elle est demanderesse. Cette exception n'en est pas une cependant au point de vue où nous nous sommes placé, c'est-à-dire, en droit civil. Mais nous croyons devoir la mentionner pour rappeler une différence qu'il y a entre le droit français et le nôtre, et pour étudier en même temps le motif de cette exception.

167. La commission d'un délit ou d'un crime donne

(1) 63 Victoria, ch. 12, sec. 149.

(2) 4. R. de P., 173, 1901, Davidson J.

lieu à deux actions, l'action *publique* et l'action *civile*. La femme mariée peut se défendre seule à la première ; elle ne le peut faire à la seconde qu'avec autorisation. Mais, en France, la partie civile peut se joindre au ministère public et agir avec lui devant le tribunal criminel. Dans ce cas, l'action civile est considérée comme un accessoire de l'action publique, et la femme peut se défendre seule à l'une et à l'autre. Que si la partie civile seule poursuit la femme devant le tribunal correctionnel, les auteurs se divisent quant à savoir si l'autorisation est requise ou non.

La question ne peut guère se présenter dans notre droit. Si, en effet, il arrive à nos tribunaux correctionnels de juridiction inférieure de condamner une partie à payer des dommages, c'est pour tenir lieu de toute ou de partie de l'amende, et nous croyons que l'autorisation n'est pas requise.

168. Quant au motif de l'exception, il est difficile d'en préciser la nature. On l'a expliqué en disant qu'ici " la défense est de droit naturel ". Mais tel est aussi le cas en matière civile. On a dit encore que sur une poursuite du ministère public, il est inutile d'exiger la formalité préalable de l'autorisation qu'il ne dépend pas du mari de rendre indispensable à la validité des procédures faites contre sa femme. Mais s'il s'agit d'actions civiles, on peut tout aussi bien s'en passer, si le mari refuse de la donner, en obtenant l'autorisation judiciaire.

Voici ce que M. Mignault croit être la véritable raison de la loi : " En matière civile, dit-il [1], le mari et la justice peuvent, dans certains cas, refuser justement, utilement, l'autorisation que sollicite la femme de plai-

(1) I, p. 515.

der comme défenderesse ; car il se peut que sa défense soit le résultat d'un entêtement ridicule et injuste. Ce refus d'autorisation amènera contre elle une condamnation par défaut, car la femme défenderesse sans autorisation est réputée défaillante, mais cela ne vaut-il pas mieux qu'une condamnation contradictoire, après beaucoup de temps perdu et des frais énormes à supporter ?

" Il n'en est pas de même lorsque la femme est défenderesse en matière criminelle ; dans ce cas elle a toujours intérêt à se défendre, ne fût-ce que pour faire diminuer la peine qu'elle doit encourir. Sa défense étant, dans tous les cas, utile et juste, on ne peut pas la forcer de se laisser condamner par défaut ; or si l'autorisation de se défendre ne peut en aucun cas lui être refusée justement, à quoi bon la demander ? "

Ce raisonnement, on le remarquera, ne porte que sur un point de la question, celui où c'est la femme qui, en matière civile, sollicite l'autorisation. Elle ne s'applique point à l'autre cas, celui où la femme négligeant de se faire autoriser, ou sur refus du mari, c'est la partie adverse qui demande l'autorisation judiciaire après avoir mis le mari en demeure de donner l'autorisation maritale.

Au reste, la femme poursuivie pour un crime évident ne peut-elle donc pas, par un entêtement ridicule, s'engager dans une contestation plus coûteuse même qu'un procès civil ? Est-il absolument vrai de dire qu'en matière criminelle, il y a toujours intérêt à se défendre ? Nous ne le croyons pas. La femme accusée peut obtenir une diminution de la peine plus facilement, d'une manière générale, en s'abstenant de contester l'accusation, et en admettant sa culpabilité. Il est vrai que c'est là plaider, mais cette manière de voir n'enlève-

t-elle pas un peu du poids qui s'attache sur ce point, à l'autorité de notre auteur canadien ?

Baudry-Lacantinerie est d'avis qu'il faut voir la raison de l'exception dans ce que la défense est ici obligatoire, tandis qu'en matière civile elle est facultative. Ce système, sur le terrain où les auteurs se placent, nous semble le plus rationnel.

Mais peut-être n'est-il pas besoin de système pour expliquer une règle de jurisprudence qui en réalité ne dérange rien aux principes des relations civiles entre mari et femme. Et si l'on étudie le fondement, la raison d'être de la nécessité de l'autorisation maritale, on en vient à se demander pour quelle raison on songerait à l'exiger en matière criminelle. Les principes du droit pénal diffèrent de ceux du droit civil sur plus d'un point. Celui-là en est un. C'est tout. Le pouvoir du mari, son contrôle sur les actes civils de sa femme, lui sont donnés, non pas par le droit naturel, mais par le droit civil exclusivement, croyons-nous. Y a-t-il vraiment lieu de s'étonner alors que cette création du droit civil, ce pouvoir qui a simplement pour objet les actes dérivant du droit civil, n'ait point de sanction quand la matière est criminelle, c'est-à-dire, en dehors du champ d'action du droit civil ?

Section II

Etendue de l'incapacité de plaider et ses effets

169. En dehors des cas mentionnés dans la section précédente, la femme est incapable de figurer, sans autorisation, comme partie dans un procès civil. Il s'agit d'une question d'ordre public, et on ne peut pas

plus méconnaître la puissance maritale par des actes judiciaires qu'on ne peut le faire par des actes extra-judiciaires. Les uns et les autres, faits sans l'autorisation requise, sont non seulement annulables, mais absolument nuls, et cette nullité peut être invoquée par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel (183 C. C.)

Nous avons déjà cité, sur la matière, l'article 224 de la Coutume de Paris : " Femme ne peut ester en jugement sans le consentement de son mari si elle n'est autorisée ou séparée par justice, et la dite séparation exécutée." Pothier affirme que la même disposition se trouve dans la plupart des coutumes et qu'elle est un droit commun pour tout le pays coutumier.

" La femme mariée, dit-il [1], étant sous la puissance de son mari, ne peut ordinairement ester en jugement sans l'assistance de son mari; c'est par cette assistance qu'elle a *legitimam standi in judicio personam.* C'est pourquoi, bien que les actions qui concernent la propriété des immeubles de la femme appartiennent à la femme, et que le mari ne puisse les intenter sans sa femme ni y défendre sans elle, la femme ne peut pas non plus intenter les dites actions sans son mari, ni y défendre sans lui."

Le code Napoléon va plus loin en n'exceptant pas même la femme séparée de biens de la règle d'incapacité d'ester en justice. Sauf cette réserve, il y a donc ressemblance entre le code Napoléon et le nôtre quant à la nécessité de l'autorisation de la femme mariée pour exercer son droit de plaider.

(1) Puissance du mari, No 55.

§ Ier—ETENDUE DE LA RÈGLE D'INCAPACITÉ

170. La règle de notre article 176, qui défend à la femme mariée de plaider, est générale et elle s'applique évidemment, quel que soit le rôle de la femme dans l'instance. L'exception pour le cas où la femme est intimée dans une poursuite criminelle, n'est pas une dérogation, d'après ce que nous avons vu, à la règle prescrite par le droit civil.

La règle s'applique aussi, quel que soit le régime sous lequel les époux sont mariés ; quelle que soit la nature du litige où la femme s'engage.

171. L'incapacité commence au moment de la célébration du mariage et ne cesse qu'avec sa dissolution. Certaines coutumes, dans l'ancien droit, la faisaient commencer du jour des fiançailles. Dumoulin traitait d'impertinente cette disposition.

Cette incapacité d'ester en justice ne doit pas seulement s'entendre de la faculté d'intenter une action, ou de comparaître et de plaider à l'action. Elle s'étend à tous les actes judiciaires qui peuvent être requis au cours du procès. A quelque phase donc que soient rendues les procédures, la femme, en se mariant, devient incapable de les continuer valablement. Logiquement, les actes de procédure faits par la partie adverse, après cet évènement, devraient aussi être nuls. Mais un texte formel, l'article 268 du code de procédure, dit que les poursuites contre elle sont valables jusqu'au jour de la signification de son changement d'état.

Il y a une autre restriction à faire. Si, au moment du

mariage, la cause où la femme est partie a été mise en délibéré ; si, aux termes de l'article 267 du code de procédure, la cause est en état ; comme les parties n'ont plus d'actes judiciaires à faire et que leur rôle est terminé, il n'y a pas lieu pour la femme de se faire autoriser et jugement peut être rendu (Art. 266 C. P.). Nous croyons cependant que si le cas se présentait d'une demande à faire de mettre la cause hors du délibéré, il faudrait alors une reprise d'instance, comme dans le cas où la cause n'étant pas en état, les procédures ne peuvent plus se faire valablement tant que la femme n'a pas été autorisée à les continuer.

L'incapacité ne cesse qu'avec la dissolution du mariage. La séparation de corps ne fait que la modifier et la rendre moins absolue ; la femme devenant ainsi séparée de biens, acquiert la capacité d'ester en justice pour ce qui regarde l'administration de ses biens (Art. 210 C. C.).

Nous renvoyons sur ce point à la section I de ce chapitre.

172. La puissance maritale et la capacité de la femme doivent s'étudier non pas suivant la loi du lieu où se trouve l'objet en dispute, mais suivant la loi du domicile actuel des époux [1]. Dans la cause de *Stevens* v *Fisk* [2], la cour d'appel, en 1883, a jugé qu'une femme mariée, après avoir acquis un domicile dans cette province, doit être autorisée par son mari pour ester en justice devant nos tribunaux, bien que, suivant la loi du domicile des époux, au temps de la célébration de leur mariage, la femme puisse plaider seule.

(1) McNamee v McNamee, 14 R. L., 30, Mathieu J.

(2) 8 L. N., 42, 53.

1° **Régime du mariage**

173. Qu'elle soit commune en biens, non commune, ou séparée de biens, la femme mariée ne peut plaider seule. Cette incapacité dérive, nous le répétons, du mariage même, et non pas des conventions matrimoniales. Sous quelque régime qu'elle soit mariée, la femme est soumise à la puissance maritale, et par conséquent elle est incapable. Et tant que le mariage n'est pas dissous, rien ne fait disparaître l'incapacité.

174. La femme est séparée de biens.—Rappelons, pour la mentionner seulement, l'exception faite en sa faveur pour les actes d'administration. En dehors de ces cas, la séparation de biens stipulée au contrat ou prononcée par jugement n'a pas l'effet de relever la femme de son incapacité d'agir en justice sans autorisation. La défense est aussi absolue que sous le régime de la communauté.

175. La femme est marchande publique.— D'après Pothier [1], certaines coutumes ont accordé le droit de plaider à la femme marchande publique pour ce qui concernait son négoce. Notre code en adoptant la règle de l'ancien droit quant à la femme séparée de biens pour les actes d'administration, l'a mise de côté quant à la femme marchande publique et a accepté l'idée des rédacteurs du code Napoléon qui n'ont pas cru que le pouvoir accordé à la femme de faire le commerce dût avoir pour moyen ou pour conséquence le droit de plaider. Un procès après tout, n'est pas en soi un acte de commerce, dit Demolombe, et c'est un fait assez grave et qui doit être assez rare, pour que l'avantage que présente toujours la règle de l'autorisation, ne soit

(1) Puissance du mari, No. 62.

alors balancé par aucun inconvénient. Le même raisonnement sert à expliquer, en France, pourquoi le code Napoléon a refusé le droit de plaider même à la femme séparée de biens quand il s'agit d'administration : on dit qu'un procès n'est pas non plus un acte d'administration [1].

La prohibition est complète quand la femme marchande publique est commune en biens : elle ne peut jamais alors plaider sans autorisation. Evidemment, si elle est séparée de biens, elle peut plaider pour les actes de commerce, qui sont de simple administration.

Dans la cause de *Young* v *Feehan* [2], il a été décidé qu'une femme marchande publique ne peut poursuivre seule ; son mari doit être demandeur avec elle ou bien elle doit être dûment autorisée par lui. D'après le rapport de cet arrêt, qui date de 1817, il est impossible de comprendre si la femme était commune ou séparée.

Dans la cause de *Lynch* v *Poole* [3], il a été jugé que la femme marchande publique commune en biens ne peut pas poursuivre sans son mari, et dans la cause de *Giguère* v *Sauvé* [4], M. le juge Bélanger a décidé, en 1900, que la femme mariée ne peut ester en justice pour des faits relatifs à son commerce sans l'autorisation ou l'assistance de son mari, à moins qu'elle n'allègue séparation de biens.

176. La femme est commune en biens.—Le cas de la femme commune qui n'est même pas marchande

(1) Demolombe, 2 *Traité du mariage*, 149.

(2) 2 R. de L., 437.

(3) M. C. R., p. 60.

(4) 6 R. L., n. s., 96.

publique est le plus clair. Il n'y a pas pour elle de procédures possibles sans autorisation [1].

Dans l'examen de l'incapacité de la femme commune surtout, il est important de ne pas confondre ces deux éléments distincts : le droit d'ester en justice et le droit d'action. Nous verrons, en examinant l'effet de l'autorisation maritale, qu'elle ne peut donner à la femme le droit de réclamer ce qui tombe dans la communauté. Il n'est plus alors question du droit de plaider, mais simplement de savoir à qui appartient le droit réclamé.

177. Comme il ne dépend pas de la femme de se donner une capacité que la loi lui refuse, il importe peu que, dans un acte antérieur au procès, elle se soit dite séparée de biens, même si l'action est basée sur cet acte. Dans ce cas, il peut être permis à celui qui a été ainsi induit en erreur, d'amender le bref et la déclaration, de manière à constater la qualité réelle de la défenderesse [2].

Lorsqu'une femme est poursuivie comme séparée de biens, lorsqu'en réalité elle est commune en biens, le moyen d'invoquer l'erreur commise par le demandeur, quand le mari est en cause pour assister, est l'inscription en droit, puisque la capacité de la femme n'est plus en question. Cependant, comme elle n'a pas qualité pour répondre à une action qui devrait être dirigée contre le chef de la communauté, M. le juge Langelier a décidé, en 1902, que l'état de communauté pouvait être plaidé par exception à la forme [3].

" Le défaut d'autorisation d'une femme commune en biens est une nullité absolue dans l'assignation : cette

(1) Voir le jugement de M. le juge Langelier, rapporté au No 177.

(2) *O'Connor & Flood*, 21 R. L., 315, cour d'appel, 1891.

(3) *Shank* v *Bourassa*, 4 R. de P., 287.

nullité est d'ordre public et doit être proposée par le tribunal même au cas où la femme ne s'en prévaudrait pas. Une action prise contre cette femme qui s'est faussement représentée dans le contrat sur lequel est basée la demande, comme séparée de biens, et n'a pas plaidé la nullité de l'assignation par exception à la forme, sera renvoyée, mais sans frais" [1].

2° Nature du litige

178. La règle de l'incapacité doit être appliquée, quelle que soit l'espèce d'instance, et même si la femme plaide contre son mari. Ainsi pour défendre à une poursuite en interdiction dirigée contre elle-même, la femme a besoin d'autorisation. Seulement, si c'est le mari qui veut la faire interdire, il l'autorise tacitement en la poursuivant [2].

Cette règle s'applique-t-elle aussi au cas où la femme poursuit l'interdiction de son mari ? Nous croyons, avec Demolombe [3], qu'il faut se prononcer pour l'affirmative. Il est vrai que l'article 327 du code civil donne à l'un des époux le droit de provoquer l'interdiction de son allié. Des auteurs en concluent que la loi, qui accorde une action à une femme, l'autorise par cela même à l'exercer. Mais cette conclusion n'est pas nécessaire, puisqu'il n'y a pas contradiction entre la disposition de l'article 176 et celle de l'article 327. L'article 176, en défendant à la femme de plaider seule, ne lui enlève pas le droit que lui donne l'article 327 : il n'affecte pas l'action même, mais seulement l'exercice de cette action.

(1) Jugement de M. le juge Langelier, confirmé par la cour de revision, en 1900, dans la cause de *Leclaire* v *Robert*, 3 R. de P., 549.

(2) Voir No 204.

(3) *Traité du mariage*, II, No 126.

On peut ajouter d'ailleurs que la nécessité de l'autorisation est plus évidente que pour d'autres actions. Donner à la femme le droit de poursuivre, sans autorisation, l'interdiction de son mari, c'est peut-être lui permettre une poursuite téméraire dont l'effet serait désastreux pour le bien du ménage. Il est vrai qu'il sera pratiquement impossible d'obtenir l'autorisation maritale ; mais cette objection n'est guère fondée puisque l'autorisation judiciaire peut y suppléer.

179. La femme ne peut pas non plus demander seule la nullité de son mariage [1].

On a dit qu'on ne saurait l'obliger à procéder comme femme mariée, dans l'instance même où elle conteste la validité de son mariage, et que ce serait là une contradiction manifeste. A cette objection Demolombe répond : " Il ne faut pas mettre l'effet avant la cause ; car, en demandant la nullité du mariage, la femme reconnaît que, quant à présent, du moins, il existe ; or si le mariage existe, il doit produire ses effets, tant qu'il n'a pas été annulé. Tout ce qu'on pourrait dire, c'est que si la demande en nullité du mariage est formée par la femme incidemment à une demande intentée contre elle-même par son mari, par exemple, à fin de réintégration du domicile conjugal, cette demande incidente et reconventionnelle n'est pas soumise à son autorisation spéciale ; mais cela tient à un autre principe : cela résulte de ce que le mari, qui intente lui-même une action contre sa femme, l'autorise ainsi virtuellement à se défendre. Il est donc vrai que l'autorisation est toujours nécessaire ; seulement dans ce dernier cas, elle est ainsi donnée par le mari ".

(1) Demolombe II, No 127, Merlin, Répertoire, au mot *Mariage*, s. 6 ; V Aubry et Rau, p. 139.

Ce principe a été affirmé dans la cause de *Lussier* v *Archambault* et dans celle de *Sanfaçon* v *Poulin*, deux arrêts que nous examinerons en étudiant l'autorisation tacite. Quant à l'incapacité de la femme de plaider même contre son mari, voir *Smith* v *Wheeler* [1].

180. La généralité de la règle n'empêche pas cependant la femme mariée de faire seule certains actes préliminaires à un procès. Ainsi elle peut protester, ce n'est pas là ester en justice. Ainsi encore elle peut présenter seule la requête qui doit précéder la demande en séparation de corps ; c'est là en définitive demander l'autorisation de plaider. Quant à l'action en séparation de biens, la loi semble créer une véritable exception. En effet, l'article 1090 du code de procédure permet à la femme de ne demander l'autorisation que par des conclusions à cette fin dans la demande en séparation, c'est-à-dire, alors qu'elle a fait émettre un bref d'assignation contre son mari. La loi donne donc ici à l'autorisation judiciaire un effet rétroactif.

§ II—EFFETS DE L'INCAPACITÉ RÉSULTANT DU DÉFAUT D'AUTORISATION

181. La règle est qu'il faut qu'une femme soit autorisée pour plaider. Et cette incapacité n'est pas établie seulement pour empêcher la femme de faire des actes désavantageux, comme c'est le cas pour le mineur, mais elle dérive d'une vue de protection de la puissance maritale. C'est une incapacité absolue. Donc tous les actes de procédure, faits par la femme seule, sont nuls, *ab initio* et à perpétuité, et ne sont pas susceptibles de ratification.

(1) 4 R. J. O., C. S., 21, Gill J.

En effet, l'article 183 du code civil dit : " Le défaut d'autorisation du mari, dans les cas où elle est requise, comporte une nullité que rien ne peut couvrir et dont se peuvent prévaloir tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel ". Examinons les conséquences de l'application de ce principe

1° La femme est demanderesse.

182. La femme poursuit seule, sans autorisation de son mari. Son action n'a aucune valeur. Mais comment en invoquer la nullité ?

Dans une cause de *Major* v *Léger* [1], M. le juge Bélanger a décidé qu'on ne pouvait le faire par une défense en droit [2]. C'est élémentaire. La femme peut avoir un très bon droit d'action, mais elle ne peut l'exercer sans autorisation. On a dit dans cette cause qu'il faut une exception à la forme ; est-ce réellement là le seul recours légal ?

183. L'article 174 du code de procédure dit : " Le défendeur peut invoquer par exception à la forme... l'incapacité du demandeur et du défendeur ". Cependant le défaut d'autorisation comporte une nullité que rien ne peut couvrir ; il s'en suit donc qu'il n'est pas même nécessaire de plaider par exception à la forme le défaut d'autorisation de la femme.

En 1880, la cour de revision, à Montréal, (Torrance, Rainville et Jetté JJ.) dans la cause de *Thomas* v *Charbonneau* [3], a jugé que le défaut d'autorisation de la

(1) 6 R. L., n. s., 144.

(2) Dans le même sens : *Antayer* v *Dorge*, 6 R. L., 727, Loranger J., 1873.

(3) 1 M. L. R., C. S., 253.

femme mariée à ester en justice doit être plaidé par exception à la forme et que cette informalité est couverte par la comparution du défendeur et son défaut de l'invoquer dans les délais voulus par la loi ; que l'exception à la forme est nécessaire, même dans le cas où la demanderesse allègue qu'elle est autorisée et que le défendeur nie l'autorisation ; qu'un plaidoyer au fond contenant ces moyens sera rejeté sur motion.

Mais en 1890 s'est présentée la cause de *Lamontagne* v *Lamontagne* [1], que nous avons déjà citée pour établir qu'une femme séparée de biens ne peut intenter seule une action en nullité de testament. Dans cette espèce, la femme séparée de biens poursuivait en se décrivant comme autorisée de son mari. Mais aucune preuve de cette autorisation n'avait été faite. On y a jugé que les procédures intentées par la femme étaient radicalement nulles. M. le juge Jetté, dans ses notes de jugement, cite Rolland de Villargues [2], Ferrière [3], Merlin [4], Guyot [5], et conclut que non seulement le jugement que la femme obtiendrait pourrait être annulé, comme le dit Merlin, mais que ce jugement même serait radicalement nul. " Cet acte de la femme, dit le savant juge, la loi l'ignore, c'est une nullité. C'est le néant et on ne ratifie pas le néant."

La conclusion nécessaire à tirer de cette doctrine, qui est certainement la bonne, c'est qu'il n'est pas besoin de faire une exception à la forme pour obtenir congé de l'action.

(1) 7 M. L. R., C. S., 162.

(2) Au mot *Acte d'administration.*

(3) Coutume de Paris, II, art. 224.

(4) Au mot *Autorisation maritale.*

(5) Répertoire, au mot *Autorisation.*

telle demande ou à y répondre". C'est le cas le plus fréquent.

Pour résoudre la question de savoir quel est l'effet d'une telle autorisation, trois théories sont proposées par les auteurs français.

Premier système

244. La femme ainsi autorisée "à plaider" peut aller en appel, dès que l'autorisation n'est pas limitée à une seule instance.

Voici comment Magnin défend cette opinion : "L'autorisation d'ester en jugement comprend, dans son acception, tout ce qui roule sur l'instance de l'action autorisée : jugement par défaut, jugement contradictoire, jugement interlocutoire, jugement sur les incidens et sur le fonds en défendant et en demandant, devant les premiers juges comme devant les juges supérieurs.... Si, par l'autorisation d'ester en jugement la femme n'avait pas le droit de faire juger l'instance dans les deux juridictions, on lui aurait donné le funeste pouvoir de se lier devant les premiers juges, sans avoir celui de se faire délier par les juges supérieurs d'une injuste condamnation. En vain objecterait-on qu'elle pourra demander une nouvelle autorisation pour interjeter appel du jugement qui blesse ses intérêts. La chance d'un refus peut l'exposer à plus d'un inconvénient. Par exemple, une femme a été autorisée par justice, sur le refus de son mari, à ester en jugement. Elle a perdu son procès devant les premiers juges

plaider, dans un temps où le mari est peu éloigné, ou ne l'est que pour peu de jours, et alors qu'il n'y a pas réellement urgence, ce serait méconnaître la puissance maritale. Le juge, à qui la requête pour autorisation est présentée, doit donc examiner si l'autorisation du mari peut ou ne peut pas être obtenue, par correspondance ou autrement, en temps utile, si réellement il y aurait préjudice pour la femme à attendre le retour de son mari, et il doit exiger une preuve certaine de l'éloignement du mari. Comme le dit Boitard, la femme n'a pas de contradicteur ; c'est un motif de plus pour que le tribunal examine sérieusement la demande. Si d'ailleurs le juge est convaincu que l'autorisation du mari ne peut pas être obtenue en temps utile, et qu'il est opportun que la femme puisse agir immédiatement en justice pour l'affaire soumise à sa considération, il y a lieu de donner l'autorisation.

2° Comment se donne l'autorisation judiciaire et à quel moment.

219. Posons de nouveau le principe que toute procédure, faite sans autorisation par la femme, est nulle. Puis examinons quel est son rôle dans l'instance.

220. **I. La femme est demanderesse.**—Comme dans le droit français, la femme, qui veut poursuivre et ne peut pas se faire autoriser de son mari, doit, avant d'intenter l'action, procéder, par requête, à demander l'autorisation judiciaire. Le code de procédure français règle cette matière, sur laquelle le nôtre est muet. Voici la manière de procéder, telle que nous la trouvons exposée par Loranger [1]. " La forme voulue est la présentation d'une requête au juge, en Chambre (car

(1) II, No 466.

En 1898, dans la cause de *Néron* v *Breton* [1], le cas suivant s'est présenté. Une femme a poursuivi en dommages, se décrivant comme veuve. La contestation fut liée par une simple défense en faits. A l'enquête, en réponse à des interrogatoires sur faits et articles, la demanderesse a déclaré qu'elle était mariée. M. le juge Andrews a alors décidé que toutes les procédures étaient radicalement nulles, et que la cour devait, en apprenant que la femme mariée n'était autorisée ni par son mari ni par le juge, mettre les parties hors de cour. " The want of due authorization to a married woman to sue (*ester en justice*) carries with it absolute radical nullity, fatally viciating all the proceedings, including any final award I could make even as to costs; and not remediable by any authorization to be given after the institution of the suit ".

Notons encore une cause de *Desjardins* v *Chrétien* [2], où il a été jugé, en 1870, qu'une femme paraissant sans l'autorisation de son mari dans une cause, doit être mise hors de cour, et l'action renvoyée sans frais.

2° La femme est défenderesse.

187. La femme mariée est incapable d'ester en justice, sans autorisation, aussi bien en défendant qu'en demandant. Le principe est le même dans les deux cas ; il s'agit seulement de l'appliquer à des espèces un peu différentes.

Il est donc absolument nécessaire, quand on dirige une poursuite contre une femme mariée, dont le mari n'est ni absent, ni interdit, de mettre le mari en cause avec

(1) 15 R. J. O., C. S., 339.
(2) 15 L. C. J., 56.

elle, pour l'autoriser ou l'assister, et de signifier l'action au mari aussi bien qu'à la femme.

Une action dirigée contre une femme sous puissance de mari, même quand la défenderesse a été, par erreur, poursuivie comme veuve, est nulle de nullité radicale, et il ne peut être permis au demandeur de mettre le mari de la défenderesse en cause pour l'assister, cette mise en cause ne pouvant couvrir la nullité dont est frappée l'assignation. Et un jugement qui aurait permis cette mise en cause est également nul et de nul effet [1].

188. Cette règle s'applique, quel que soit l'adversaire de la femme. Nous examinerons, dans la section suivante, en parlant de l'autorisation tacite, la position de la femme poursuivie par son mari.

189. Disposons du cas où la femme ne comparaît pas sur une assignation régulièment signifiée à elle et à son mari. Il importe peu alors que le mari lui-même comparaisse ou non, et même, s'il comparaît, qu'il refuse ou non son autorisation ou son assistance. La femme mariée ne peut pas plaider, mais elle peut être condamnée par défaut, même sans assistance. Car ce n'est pas là de sa part ester en justice. La mise en cause du mari suffit, et si la femme ne conteste pas l'action, il est inutile de requérir l'autorisation judiciaire. Dans la cause de *Roy* v *Bétournay* [2], M. le juge Davidson, en 1890, a jugé que sur une action en dommages-intérêts résultant de délit, la femme peut être condamnée par défaut sur refus constaté du mari de l'autoriser.

(1) Jugement de M. le juge Taschereau, *Phelan* v *Skelly & Fraser*, 9 R. J. O., C. S., 113, 1896. C'est aussi la doctrine admise par la cour de revision : *Lamontagne* v *Lamontagne*, citée au No 183.

(2) 34 L. C. J., 203.

Comme il ne s'agit pas, pour la femme en défaut, de faire un acte de procédure, il est donc indifférent, si elle a été régulièrement assignée avec son mari, que celui-ci donne ou refuse l'autorisation. Il ne dépend pas de lui d'empêcher le demandeur d'obtenir jugement.

Mais cette mise en cause du mari ne suffit pas pour donner droit à la femme de contester l'action. Sans examiner, dès à présent, cette question, nous pouvons dire que c'est là l'opinion suivie par la jurisprudence. Ce principe admis, examinons les cas qui peuvent se présenter.

190. L'action est régulièrement intentée contre la femme et contre le mari mis en cause pour l'autoriser ou l'assister. Le mari comparaît, se tait ou déclare qu'il refuse d'autoriser sa femme. Les procédures sont jusque là régulières. Mais si le demandeur, au lieu de requérir l'autorisation judiciaire de la femme, continue les procédures contre elle, ces procédures subséquentes au défaut ou au refus du mari, sont absolument nulles.

Dans une cause de *Bonneau* v *Laterreur* [1], il a été jugé, en 1873, que l'autorisation n'était pas requise pour permettre à la femme de contester, quand le mari avait été régulièrement mis en cause et assigné. On y décide que le mari ayant été mis en cause ne peut pas ne pas y rester et qu'il ne doit pas être tenu compte de son refus. Mais c'est " un de ces arrêts qu'on cite comme on signale des écueils ". Il faut sur ce point voir la vraie doctrine dans la cause de *Marmen* v *Brown* [2], où M. le juge Routhier a décidé que lorsque, dans une action en dommages contre le mari et la femme communs

(1) 1 Q. L. R., 351.

(2) 5 R. J. O., C. S., 245.

en biens, le premier déclare qu'il n'entend pas assister ni autoriser sa femme, toutes les procédures subséquentes faites par celle-ci, sans autorisation maritale ou judiciaire, sont nulles et doivent être rejetées du dossier pour défaut d'autorisation à ester en justice. Dans cette cause, après la déclaration du mari qu'il refusait d'autoriser sa femme, le demandeur avait fait une demande de plaidoyer aux deux défendeurs, qui plaidèrent séparément. Et subséquemment, c'est le demandeur lui-même qui fit motion pour faire rejeter les procédures de la femme. Cette motion a été accordée sans frais.

Dans la cause de *Duncan* v *Foy* [1], il a été jugé que sur action accompagnée de saisie-arrêt avant jugement, si le mari et la femme comparaissent conjointement par le même procureur, il faut à la femme une autorisation pour présenter une requête en contestation de la saisie-arrêt.

191. Le demandeur a mis le mari en cause pour autoriser sa femme mais l'action n'a pas été signifiée au mari, ou la signification est irrégulièrement faite.

La jurisprudence paraît bien établie aujourd'hui qu'il y a alors impossibilité pour le demandeur d'obtenir un jugement valable.

Dans la cause de *Thibaudeau* v *Désilets* [2], la cour d'appel (Lacoste, J. C., Bossé, Blanchet, Wurtele et Ouimet JJ.), a décidé, en février 1901, que le jugement rendu contre une femme non autorisée ni légalement assistée de son mari est nul. Il s'agissait d'une femme commune en biens poursuivie en dommages-intérêts pour injures verbales. Le point qui nous occupe y est discuté au long

(1) 7 M. L. R., C. S., 186.

(2) 4 R. de P., 1.

par M. le juge Ouimet. C'est le développement des principes que nous avons posés déjà, et nous nous contentons d'y renvoyer.

En décidant cette question comme elle l'a fait, la cour d'appel a adopté l'opinion de M. le juge Bourgeois, juge en cour de première instance et celle des juges de la cour de revision (Caron, Routhier et Andrews). Cette dernière cour avait en effet cassé le jugement du juge Bourgeois pour un autre motif, c'est-à-dire parce que, dans l'espèce, l'assistance donnée par le mari à sa femme paraissait suffisante. Dans une cause plus récente encore [1], M. le juge Andrews, en juin 1901, a décidé que toutes les procédures faites par une femme séparée de de biens, avant d'être autorisée, alors que son mari a été mis en cause, mais que l'action, pour cause d'absence, ne lui a pas été signifiée, sont absolument nulles, et que cette nullité doit être prononcée même si elle n'est demandée qu'après l'enquête, à l'audition. Dans l'espèce, la femme était poursuivie pour dommages-intérêts résultant de propos diffamatoires. Le demandeur avait mis le mari en cause, mais comme le mari était absent depuis une vingtaine d'années, on l'avait assigné, sur ordre du protonotaire, par la voie des journaux. La femme a comparu avant l'expiration du mois d'avis donné au mis en cause, elle a plaidé au mérite, procédé à l'enquête, et, à l'audition seulement, elle invoqua son défaut d'autorisation. Le jugement a déclaré nulles toutes les procédures faites depuis le rapport de l'action. A l'audition, en même temps que la femme invoquait son défaut d'autorisation, le demandeur fit une requête demandant pour elle l'autorisation judiciaire ; cette motion fut accordée et l'instance recommencée.

(1) *Demers* v *Dufresne* & vir, 4 R. de P., 130.

Notons, sans nous y arrêter maintenant, l'effet de cette mise en cause du mari absent ; c'est qu'il sera impossible d'obtenir l'autorisation supplétive du juge, avant d'avoir eu recours au moyen donné par la loi d'assigner les absents.

192. Puisque toutes les procédures faites par la femme ou contre elle sont nulles d'une nullité radicale, il s'en suit que, à proprement parler, il n'est pas de mode spécial, exclusif, de les faire déclarer telles. On pourrait dire qu'il n'y a pas de moyen de mettre à néant ce qui n'existe pas. Et cependant, une femme mariée peut avoir intérêt à ce que l'on ne continue pas contre elle des procédures, nulles il est vrai, mais qui peuvent conduire à un jugement et à une exécution. Ce jugement sans doute sera lui-même nul et l'exécution pourra être aussi déclarée nulle, mais on voit l'intérêt de la femme de ne pas s'exposer à ces désagréments. Quel moyen lui faut-il prendre pour faire déclarer l'action non recevable ?

193. Il en est un que nous avons déjà indiqué et qui a au moins l'avantage d'être simple et pratique et de n'exiger aucun déboursé, c'est celui d'une déclaration assermentée produite au dossier et constatant l'état d'incapacité de la défenderesse. Celle-ci ne plaide pas, elle dénonce seulement sa condition de femme sous puissance de mari ; et l'effet de cette dénonciation sera d'empêcher le juge de rendre un jugement qu'il sait ne devoir être d'aucune valeur.

Dans une cause de *Bourget* v *DeChamplain*, jugée en novembre 1901, en cour de circuit [1], à Québec, une déclaration de ce genre produite par une femme mariée poursuivie seule a eu pour résultat d'arrêter la pour-

(1) Dossier No 3557.

suite et d'obtenir du tribunal un refus de rendre jugement *ex parte* en faveur du demandeur.

194. Dans une cause de *Westgate* v *Thackeray* [1], la femme défenderesse avait fait un défense en droit. Nous ne pouvons comprendre la raison qui a pu déterminer l'emploi de cette procédure de fond. La question est uniquement de savoir si la femme peut plaider, non pas de savoir si elle est débitrice. Le juge a renvoyé la défense en droit, et déclaré qu'il fallait une exception à la forme. La défense en droit n'était certainement pas fondée ; l'exception à la forme aurait-elle été régulière, et comment aurait-il fallu la faire ? C'est ce que nous allons examiner.

195. Et d'abord, nous concluons, du principe de l'absolue nullité des actes faits sans autorisation par la femme mariée, que l'exception à la forme n'est pas nécessaire. Quand même la femme comparaîtrait et plaiderait au mérite cela n'empêcherait pas le défaut d'autorisation de pouvoir être invoqué subséquemment, non seulement par elle mais même par le demandeur. Le consentement de la femme ne peut lui donner une capacité que la loi lui refuse.

196. L'exception à la forme doit-elle au moins être admise ? Encore une fois, il y a lieu de douter, si l'on ne veut pas faire une exception à la règle générale de l'article 174 du code de procédure. Cependant nous ne pouvons admettre que la femme, absolument incapable de faire aucun acte de procédure valide, puisse faire un plaidoyer à la forme. Nous le répétons, c'est toujours là ester en justice. Son incapacité la rend tout aussi inhabile à plaider à la forme qu'au fond. Mais on dit : alors la femme ainsi poursuivie est privée de son droit

(1) 7 R. J. O., C. S., 517.

de plaider à l'action qu'on dirige contre elle, puisque la simple déclaration d'incapacité n'est pas un plaidoyer.

Il y a, suivant nous, un moyen à sa disposition d'exercer son droit de défense. C'est de se faire autoriser par son mari ou par justice à comparaître et à présenter cette exception à la forme La position devient alors différente. L'action intentée contre elle seule, sans la mise en cause de son mari pour l'autoriser ou l'assister, est nulle. L'assignation qu'on a faite est sans valeur. Mais si la femme se fait elle-même autoriser, non pas pour défendre à l'action, mais seulement pour en demander congé, vu l'incapacité dont elle était frappée quand on l'a assignée, elle peut bien légalement se présenter devant la cour, et, en faisant la procédure requise par l'article 174, elle devra pouvoir obtenir un jugement valable sur son exception.

Nous croyons que c'est là une solution logique et pratique de l'apparente contradiction qu'il y a entre l'article 183 du code civil et l'article 174 du code de procédure. Elle respecte la règle posée par chacun de ces articles et elle offre un caractère d'équité. En effet, puisque la femme ne peut aucunement plaider, si elle fait seule l'exception à la forme, le juge tout en déclarant les procédures nulles, ne pourra lui accorder les frais de la motion qu'elle est incapable de faire. Tandis que si elle se fait autoriser à comparaître et à plaider à la forme, son exception étant bien fondée, en vertu de l'article 174 du code de procédure, et ne violant pas la disposition de l'article 183 du code civil, elle obtiendra congé de l'action et aura droit à ses frais contre celui qui a intenté une action non recevable.

Nous ne pouvons guère comprendre en vertu de quel principe il a été jugé dans une cause de *Smith v Chré-*

tien [1], que " quand une femme poursuivie comme veuve prétend par exception à la forme qu'elle est sous puissance de mari, elle peut faire cette exception sans autorisation, mais qu'avant d'adjuger sur icelle, la cour ordonnera la mise en cause du mari ". C'est décider à la fois que la femme ne peut pas plaider à la forme et qu'elle le peut. On reçoit l'exception, c'est admettre qu'elle a capacité pour la faire ; d'autre part, on exige, avant d'adjuger, que le mari soit mis en cause : c'est admettre qu'elle est incapable de la faire seule. Ou bien il faut prétendre que la procédure nulle de la femme peut devenir bonne par la ratification subséquente du mari : or c'est le contraire absolument de ce que dit l'article 183 du code civil.

Section III

De l'autorisation

197. L'article 176 du code civil pose la règle que la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari ou son assistance. L'article 178 dit que si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation ; et, aux termes de l'article 180, le juge peut aussi autoriser la femme à plaider, si le mari est interdit ou absent.

La femme a donc les actions qui découlent de ses droits et le moyen de les exercer. Sauf certaines actions administratives, qu'elle peut soutenir seule dans le cas de séparation de biens, son incapacité d'agir seule est, il est vrai, absolue, mais la femme mariée trouve

(1) 23 L. C. J., 8, 1878.

cependant dans la loi même qui la déclare incapable, le moyen de recouvrer sa capacité. Son droit n'est pas sans sanction ; mais l'exercice en est soumis à l'accomplissement de certaines formalités.

En général, une femme mariée peut, avec l'autorisation de son mari, faire tous les actes dont elle serait capable si elle n'était pas mariée, faire tous les actes dont est capable le majeur du sexe masculin dans la pleine jouissance de ses droits [1].

198. D'après Pothier [2], dans l'ancien droit, la femme, pour ester en jugement, n'avait pas besoin d'une autorisation formelle, la présence du mari au procès la faisait présumer. Cette autorisation cependant, ne pouvait pas être donnée par un acte séparé et distinct de la procédure. Une femme pouvait donc valablement ester en jugement avec son mari sans que la procédure contînt la mention qu'elle était de lui autorisée, la présence de ce dernier témoignant d'une autorisation suffisante, mais elle ne pouvait être partie dans une cause sans la présence ou la participation de son mari, bien qu'elle en eût reçu le consentement.

Suivant les articles 215 et 218 du code Napoléon, l'autorisation résulte du concours du mari dans l'ajournement, ou de sa volonté exprimée dans un acte séparé. L'autorisation refusée par lui peut être accordée par le tribunal. La femme doit la demander, avant d'intenter son action, et, sur le refus du mari, c'est le tribunal du domicile de celui-ci qui seul peut l'accorder. Il n'en est pas de même lorsque la femme est assignée ; le refus du mari devient alors un simple incident et le

(1) Boitard, 1, p. 209.

(2) Puissance du Mari, No 75.

juge saisi du procès principal se trouve de droit compétent pour statuer.

Cette autorisation, dit Sirey [1], n'a pas besoin d'être expresse ; elle peut, en cas de procès entre époux, être tacite, et résulter notamment de ce que le mari a actionné sa femme. Le défaut dans une instance est un accident, en général, regrettable pour le bien de la justice, et qui, dans tous les cas, ne saurait être pour le défendeur le résultat forcé de la volonté inique du demandeur.

Voyons ce que c'est que l'autorisation, maritale ou judiciaire ; comment le mari donne à sa femme l'assistance qui remplace l'autorisation ; à quel moment la femme en a besoin, et quels sont les effets de l'une et de l'autre.

§ Ier—AUTORISATION ET ASSISTANCE DU MARI

199. En principe, tout mari peut autoriser sa femme à ester en justice ; l'autorisation maritale est la règle, et l'autorisation de justice, l'exception.

L'article 177 dit que la femme ne peut contracter ni s'obliger sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. Il n'y a pas de disposition formelle quant à l'autorisation de plaider.

Une chose certaine et admise par tous les auteurs, c'est que l'autorisation du mari pour les instances judiciaires peut être expresse ou tacite ; l'assistance, d'ailleurs, suffit.

(1) 1878, 1, 193.

1° De l'autorisation expresse.

200. Cette autorisation consiste en une expression formelle du consentement du mari à ce que sa femme plaide. L'ancien droit exigeait qu'on se servît, pour exprimer cette volonté, du mot même "autoriser". Il est évident qu'il n'est plus besoin, dans notre droit, de termes sacramentels : il suffit que l'autorisation donnée constate l'approbation du mari.

201. L'autorisation doit être *spéciale*. L'article 181 du code civil dit, en effet : Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme. Ce principe de la spécialité de l'autorisation s'applique aussi bien aux actes judiciaires qu'aux actes extrajudiciaires. Il soulève, dans son application, des difficultés que nous examinerons en même temps que les effets de l'autorisation ; nous n'avons ici qu'à l'interpréter en disant que l'autorisation doit être donnée expressément pour le procès en cours, *ad rem quae geritur accommodata*. Une autorisation de suivre en justice tous les procès qui pourraient intéresser la femme serait insuffisante. Quant au cas d'administration, nous l'avons déjà examiné.

202. L'autorisation expresse de plaider doit-elle être par écrit ? Cette question est controversée par les commentateurs du code Napoléon dont la disposition est semblable à celle de notre code. Laurent, par exemple, dit : "L'autorisation est un consentement : donc elle peut, comme tout consentement, se manifester par une déclaration expresse ou par des faits..... L'autorisation expresse donnée à la femme pour plaider doit-elle se donner par écrit ? et l'autorisation ne peut-elle résulter que du concours du mari dans le procès ?

Il nous semble que la question doit être décidée négativement" . Demolombe [2] requiert une autorisation écrite, qui d'ailleurs peut être donnée par acte sous seing privé et par simple lettre, la preuve de l'autorisation ne pouvant pas se faire par témoins. M. Mignault, sans se prononcer sur cette question, croit qu'il serait plus prudent d'apporter une preuve écrite de cette autorisation.

Nous croyons, pour notre part, que cette autorisation doit être par écrit. Dans le silence du code sur un point particulier, il nous paraît raisonnable d'interpréter le mot autorisation dans l'article 176, suivant les termes de l'article 177 qui l'exigent " par écrit," vu l'analogie des deux cas. Cette analogie, Laurent lui-même la trouve complète.

C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en sont venus nos tribunaux. " Si la femme se porte demanderesse, a dit M. le juge Ouimet, dans la cause de *Thibaudeau* v *Désilets* [3], il incombe à la femme de se pourvoir elle-même de cette autorisation : soit par une autorisation formelle sous la signature du mari, qu'elle produit, soit en obtenant qu'il comparaisse avec elle comme partie aux fins de l'autoriser ".

203. En 1890, la cour de revision, à Montréal, dans la cause de *Lamontagne* v *Lamontagne* a décidé qu'il ne suffit pas que la femme allègue, dans sa déclaration, qu'elle est autorisée de son mari, mais que ce dernier doit être partie à l'action ou donner son consentement par écrit. " Il est de principe, a dit M. le juge Jetté, que l'autorisation maritale, ne peut se donner qu'à deux

(1) III, No 125.

(2) I, No 194.

(3) 4 R. de P., 1.

époques déterminées, avant ou au moment même de de l'acte que le mari autorise. L'autorisation doit donc être *antérieure* ou *concomitante*, postérieure elle serait sans effet".

En 1892, M. le juge Mathieu, dans la cause de *Legault* v *Périard* [1] avait jugé que l'allégation faite par la femme qu'elle est autorisée par son mari est suffisante. Mais, en 1893, la cour d'appel, dans la cause déjà citée de *Péloquin* v *Cardinal*, a jugé que la simple allégation que la femme était autorisée sans que son mari fût en cause pour l'assister, et sans preuve de l'autorisation, ne suffisait pas pour couvrir la nullité absolue des procédures. En 1899, M. le juge Mathieu, dans la cause de *Chalmers* v *Northwest Shoe Company* [2], a décidé, sur une exception à la forme alléguant que la femme se disait autorisée de son mari et que celui-ci n'était pas mis en cause et que l'autorisation n'était pas produite, que cette autorisation n'étant pas niée par l'exception, elle pouvait se prouver au mérite. En 1900, le même juge, dans la cause de *Paré* v *Riendeau* [3], a jugé qu'une femme, qui dans son action allègue qu'elle est séparée de biens mais qui ne se dit pas autorisée, peut amender et alléguer l'autorisation, si réellement elle existe. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une action en dommages-intérêts.

2° De l'autorisation tacite.

204. Quand le mari intente une action contre sa femme, il l'autorise tacitement à se défendre. Si encore le mari et la femme, dans la même instance, procèdent

(1) 1 R. J. O., C. S., 30.
(2) I R. de P., 250.
(3) 4 R. L., n. s., 83.

ensemble, soit comme demandeurs soit comme défendeurs, il faut voir là une autorisation pour la femme[1].

La jurisprudence actuelle nous semble dire clairement que l'autorisation tacite ne peut résulter d'autres faits ou circonstances que de la présence du mari au procès, cette présence devant être constatée au dossier même. Par exemple, si, sur assignation régulière du mari et de la femme, le mari comparaît, on peut voir là une autorisation tacite. S'il ne comparaît pas, quand même il aiderait sa femme au procès, son défaut doit être interprété, non pas comme une autorisation tacite, mais comme un refus de sa part d'autoriser sa femme. De même, dit Baudry-Lacantinerie [2], si la femme poursuit son mari, celui-ci est censé l'autoriser s'il accepte le débat et conclut sur le fond. Sur ce point, cependant, nous ne croyons pas que l'opinion de l'auteur français puisse être suivie dans notre droit. La poursuite intentée par la femme non autorisée, même contre son mari, est absolument nulle et ne peut être, d'aucune manière, ratifiée par l'acceptation subséquente du débat par le mari.

En 1848, la cour du banc de la reine (Rolland, Day et Smith JJ.), a vu une autorisation tacite de la part du mari dans une action en nullité de mariage intentée par lui contre sa femme [3]. En 1874, le juge Polette a décidé que la femme défenderesse dans une poursuite est suffisamment assistée et autorisée par son mari lorsqu'elle est poursuivie conjointement avec lui [4].

(1) Pothier, No 75 ; nouveau Denisart, au mot *Autorisation* ; Merlin, au mot *Autorisation maritale.*

(2) II, No 2186.

(3) *Lussier* v *Archambault*, 11 L. C. J., 53.

(4) *Méthot* v *Perrin*, 5 R. L., 695.

En 1887, M. le juge Andrews a décidé, dans une action en réintégration du domicile conjugal, " that a wife needs no further authorization to defend such an action than that furnished by the fact of her husband's causing the issue of the writ summoning her to do so " [1]. En 1897, M. le juge Curran a décidé : " When husband and wife, common as to property, are sued conjointly for a debt for which plaintiff alleges that the community is liable, the female defendant has a right to appear and plead her own rights and is entitled to demur to the action on the ground that it should have been brought against the husband alone as head of the community " [2]. En 1900, M. le juge Andrews, a décidé que la femme mariée assignée conjointement avec son mari, ce dernier pour l'autoriser, est présumée autorisée à ester en justice, si les parties sont réprésentées par le même procureur, et si aucun protêt au contraire n'a été produit par le mari [3].

Notons encore une décision de M. le juge Archibald, qui se rapporte à l'effet de la mise en cause du mari.

" A judgment rendered against the wife doing business as *marchande publique* and in community of property, binds the community of which the husband is head and master as well as half proprietor. The husband when made a party to a suit to authorize his wife may defend the action against the latter, by a plea to the merits and there is no necessity for him to adopt any proceeding to have himself made a party in the cause for that purpose " [4].

(1) *Sansfaçon* v *Poulin*, 13 Q. L. R., 53.

(2) *Caron* v *Kavanagh*, 13 R. J. O., C. S., 296.

(3) *Brousseau* v *Déchêne*, 17 R. J. O., C. S., p. 350.

(4) *Shorey* v *Radford et vir*, 5 R. de J., 42.

3° **De l'assistance.**

205. Le code donne à l'assistance l'effet d'une autorisation tacite. En quoi consiste cette assistance et que doit-elle être pour rendre la femme habile à ester en justice ? Le jugement de la cour d'appel dans la cause déjà citée de *Thibaudeau* v *Désilets* nous fournit la réponse. Le mari, pour assister efficacement sa femme, doit être lui-même partie en cause à cette fin.

Ainsi le fait que la copie de l'action destinée à sa femme aurait été remise par l'huissier au mari, qu'il aurait choisi lui-même l'avocat pour la défense et qu'il aurait assisté à l'enquête pour y guider le procureur de sa femme, ne constitue pas l'assistance requise.

Pour bien saisir la portée du jugement de la cour d'appel dans cette cause, il est bon de connaître les raisons pour lesquelles la majorité de la cour de revision (Routhier, *diss.* Caron et Andrews JJ.), avait trouvé l'assistance suffisante. Voici deux considérants de ce jugement :

" Considering in fact that the said female defendant was duly authorized *à ester en justice* in this case, and that such authorization resulted and was given 1° by the presence of the said opposant (le mari) as a co-defendant in the said writ and process of summons, and of which writ and process, the bailiff delivered to him personally duly certified copies as shown by the bailiff's return of service ; 2° by the said opposant's presence with his said wife at the trial of the cause in the open court, and his aid given to her at the said trial, both proved by the opposant's express admissions in his own deposition as a witness in the trial of the present opposition ; 3° by the selection by the opposant

of an attorney *ad litem* to defend his said wife and contest the said writ ;

" Considering moreover that the said opposant, in his said deposition, admits in the most formal and certain manner that he did in fact authorize his said wife to contest the said action."

M. le juge Ouimet, en prononçant le jugement de la cour d'appel, a dit que " la défenderesse ayant comparu et plaidé en son nom seulement, le mari, qui aurait dû être rendu *partie à l'instance*, n'ayant pas comparu, ni séparément ni avec sa femme, et aucune autorisation n'apparaissant au dossier, l'aide que le mari a pu donner à sa femme ne constitue pas l'assistance requise par le texte de la loi. L'assistance requise par la loi est la présence du mari dans l'instance même et la constatation de son consentement à y devenir partie en y comparaissant avec sa femme par exploit conjoint ou séparé. Cette opinion est celle de Rolland de Villargues, au mot " Assistance ".

Avant ce jugement de la cour d'appel, notre jurisprudence était indécise. En 1871, la cour d'appel (Duval, Caron, Drummond, Badgley et Monk JJ.), a décidé que l'assistance du mari à une demande judiciaire constitue une autorisation suffisante à la femme de poursuivre ses droits, sans les mots " autorisée par son mari à ester en ju tice " [1].

On a décidé cependant, dans la cause de *Guay* v *Durand* [2], que lorsque le mari n'est mis en cause que pour assister sa femme, la signification d'une seule copie à la femme, du bref et de la déclaration, est

(1) *McCormick & Buchanan*, 16 L. C. J., 243.
(2) 3 R. J. O., C. S., 249.

suffisante. Mais dans la cause de *Caron* v *Clarke* [1], il a été décidé : " In an action against a wife separate as to property, the husband being joined merely for the purpose of authorizing her, service of writ and declaration upon the wife alone at her residence in Montreal (the husband being domiciled and resident in Boston), is insufficient ". La cour de revision, dans la cause de *Dolbec* v *Ste-Marie* [2], a décidé que la femme non séparée de corps est suffisamment assignée par la signification faite au mari, mais qu'elle n'est pas légalement assignée si le mari ne reçoit aucune signification, et cette nécessité d'assigner le mari s'étend à toutes les significations qui doivent être faites à la femme, après jugement, en vue de saisir ses immeubles. Ainsi, dans le cas d'un jugement sur action hypothécaire rendu contre la femme, il est nécessaire que la copie du jugement soit signifiée au mari, pour donner à ce dernier l'occasion d'assister sa femme et de l'autoriser dans l'option qu'elle est appelée à faire et dans le délaissement de l'immeuble hypothéqué. Le procès-verbal de saisie de cet immeuble doit également être signifié au mari.

§ II—AUTORISATION JUDICIAIRE

206. En principe, avons-nous dit, tout mari peut autoriser sa femme ; et l'on peut ajouter que celle-ci, pour plaider, doit, en règle générale, être autorisée de son mari ou assistée par lui. La loi a cependant prévu le cas où le mari ne veut pas accorder l'autorisation demandée et ceux où il est impossible d'obtenir l'expression de son refus ou de son consentement. La femme alors a recours au tribunal. Le principe de

(1) 5 R. J. O., C. S., 417.
(2) 6 R. J. O., C. S., 13.

l'autorisation est toujours maintenu, seulement c'est à celui-ci que la loi confie cette mission.

" Le mari, dit Proudhon, n'est que le délégué de la loi dans l'usage des pouvoirs dont elle l'a revêtu ; la puissance publique, qui absorbe tous les pouvoirs particuliers, peut, à plus forte raison, les suppléer." Et Berlier ajoute [1] : " L'autorisation du demandeur ne peut être subordonnée à la volonté du mari ou paralysée par elle ; l'autorisation n'est, en ce qui concerne l'action du tiers demandeur, qu'une simple formalité que la justice supplée quand le mari la refuse."

Si la femme est demanderesse, c'est elle qui doit demander l'autorisation du juge ; si elle est défenderesse, c'est au demandeur qu'incombe cette obligation au moins dans le cas où la femme néglige de la remplir.

1° Dans quels cas l'autorisation judiciaire peut-elle être donnée ?

207. L'autorisation judiciaire constitue une exception, et dans trois cas seulement, la loi donne au juge le pouvoir de se substituer au mari. C'est :

I Quand le mari, consulté, refuse l'autorisation ; II Quand le mari est interdit ; III Quand le mari est absent.

208. I. Refus du mari. — Le droit du mari de refuser l'autorisation de plaider est indiscutable. Mais la femme est admise, comme les tiers, à réclamer contre son refus. L'autorisation de la justice peut, en général, remplacer celle du mari refusant. Ce refus peut être *formel*, comme lorsque le mari comparaît dans une

(1) Exposé des motifs.

instance où sa femme est défenderesse et déclare qu'il ne l'autorise pas à se défendre, ou encore lorsqu'il fait une telle déclaration en comparaissant sur une requête que lui a fait signifier sa femme avant de poursuivre. Il peut être *implicite*, comme lorsque le mari ne montre pas cause contre la requête de sa femme demandant l'autorisation judiciaire après assignation, et lorsque, assigné pour autoriser sa femme, il ne comparaît pas sur l'action dirigée contre elle.

Il n'est pas nécessaire que ce refus soit injuste. Le juge a entière discrétion du moment que le refus est constaté. Puisque, en effet, la loi reconnaît à la femme des droits qui lui sont personnels, elle doit lui fournir le moyen de les faire sanctionner, même alors que son mari ne croirait pas le procès opportun. D'autre part, la femme est soumise à des obligations personnelles, et si elle est défenderesse, le tiers ne pouvant obtenir un jugement valable contre elle sans qu'elle soit autorisée, il ne peut dépendre de la volonté seule du mari que le demandeur ait justice ou non.

209. En règle générale, cette autorisation est toujours accordée, sauf dans les cas où il est évident que la demande de la femme est le résultat d'un entêtement ridicule. Comme il est le plus souvent impossible de bien savoir, avant l'instruction, s'il y a lieu ou non d'engager ou de soutenir le débat, il est raisonnable de ne pas refuser l'autorisation, puisque la conséquence d'un refus, par exemple, si la femme est défenderesse est de la laisser condamner par défaut.

Dans une cause de *Ex parte Lemieux* [1], M. le juge Andrews a décidé, en 1892, que sur refus du mari d'autoriser sa femme commune en biens à ester en justice

(1) 2 R. J. O., C. S., 404.

pour poursuivre un tiers qui l'a assaillie, le juge peut alors accorder cette autorisation. En 1894, dans la cause de *LaRue* v *Brault* [1], M. le juge Pagnuelo a décidé que l'autorisation donnée par le juge sans que l'autorisation du mari ait été au préalable requise, est suffisante si la requête demandant l'autorisation du juge est motivée sur la nature des procédés et rapports qui existaient entre le mari et la femme entre lesquels une instance en séparation de corps était alors pendante.

210. II. Interdiction du mari. — L'interdit est frappé par la loi d'une incapacité civile absolue. Il ne peut valablement consentir aucun acte civil. Or, l'autorisation étant un consentement, on conçoit qu'il perde, par l'interdiction, le pouvoir d'autoriser sa femme. Il faut dire, croyons-nous, puisque la loi ne distingue pas, que l'autorisation judiciaire peut et doit être donnée, quelle que soit la cause de l'interdiction. Ajoutons que, pour obtenir l'autorisation du juge, il est inutile de faire constater le refus du mari : il suffira d'alléguer, dans la demande d'autorisation, et de prouver l'interdiction.

Il s'agit ici d'un des deux cas où l'autorisation judiciaire est requise à cause de l'impossibilité où l'on se trouve d'avoir une autorisation maritale valable. A cette matière se rattachent les cas où le mari, sans être interdit, tombe néanmoins sous le coup d'autres incapacités légales plus ou moins complètes. Nous voulons parler du mari auquel il a été nommé un conseil judiciaire, du mineur et de celui qui est aliéné sans être interdit.

211. A.—Le mari est sous conseil judiciaire. — On enseigne généralement, en France, que la nomina-

(1) 5 R. J. O., C. S., 93.

tion de ce conseil a pour conséquence l'obligation d'obtenir pour la femme l'autorisation judiciaire [1]. Nous croyons qu'il est impossible, dans notre droit, d'adopter cette doctrine. L'article 180 du code civil ne parle que du cas où le mari est interdit, et l'on admet que la nomination d'un conseil judiciaire n'est pas une interdiction. Cette nomination n'enlève pas la puissance maritale : le juge ne peut donc pas se substituer au mari.

" Nous croyons, dit Laurent [2], que les tribunaux n'ont le droit d'autoriser la femme que dans les cas où la loi leur donne formellement ce pouvoir, car l'intervention du juge diminue, altère la puissance maritale ; or, cette puissance est d'ordre public, le juge ne peut pas plus la modifier que les conventions des parties. Cela décide la question."

Ce raisonnement nous paraît inattaquable, du moins suivant le système de notre code, où il ne s'agit pas de relever la femme d'une incapacité analogue à celle qui découlerait de sa minorité, mais de sauvegarder uniquement les droits que la puissance maritale confère au mari.

Laurent conclut, avec Magnin [3], que le mari peut donner l'autorisation s'il est assisté de son conseil. Nous croyons pouvoir aller plus loin et dire que cette assistance n'est pas même requise chez nous. Celui à qui est nommé un conseil judiciaire a besoin de l'assistance du conseil, dans les seuls cas énumérés à l'article

(1) Boitard, II, p. 568, Demolombe, II, No 226, Aubry & Rau, V, p. 148, et les auteurs qui y sont cités.

(2) III, No 132.

(3) Des Minorités, I, 909.

351 du code civil, et l'exercice de la puissance maritale n'en est pas un.

212. B.—Le mari est mineur.—Le code Napoléon a adopté sur cette matière un système qui diffère de celui de l'ancien droit et du nôtre. L'article 224 (C. N.) dit que si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. L'autorisation maritale, en France, est fondée non seulement sur la puissance du mari, mais aussi sur le devoir de protection qu'il a à remplir. C'est pour cela qu'on y conclut : le mineur ne pouvant se protéger lui-même, ne peut pas plus protéger sa femme. On enseigne cependant que cette exception établie par l'article 224 du code Napoléon n'est pas absolue comme celle qui résulte de l'absence ou de l'interdiction. Puisqu'elle est fondée sur l'incapacité du mari, dit Laurent [1], elle doit être restreinte dans les limites de cette incapacité. Et le mineur marié étant émancipé et partant capable de faire les actes d'administration, est par cela même capable d'autoriser sa femme à faire les actes d administration.

Dans l'ancien droit, et suivant notre article 182 (C. C.), l'autorisation dont la femme a besoin peut lui être donnée par son mari mineur. " Un mari, quoique mineur, dit Pothier [2], a le droit de puissance maritale sur la personne de sa femme, quoique majeure ; d'où il suit qu'un mari, quoique mineur, a le pouvoir d'autoriser sa femme, soit qu'elle soit mineure, soit qu'elle soit majeure, ce pouvoir étant un effet et une dépendance de la puissance qu'il a sur elle ".

213. Naturellement, tout ce que peut faire le mari,

(1) No 128.

(2) Puissance du mari, No 29.

mineur ou majeur, en donnant l'autorisation, c'est de relever sa femme de cette incapacité spéciale qui découle de la puissance maritale. Si, d'ailleurs, elle est frappée d'une autre incapacité, comme mineure, l'autorisation du mari n'a pas pour effet de faire disparaître cette autre incapacité. La femme, ainsi autorisée, aura la capacité d'un simple mineur émancipé.

214. C.—Le mari est aliéné, mais non interdit.— La femme dont le mari, sans être interdit, est interné dans un asile d'aliénés, doit-elle demander l'autorisation judiciaire ? La loi n'en dit rien. M. Mignault enseigne l'affirmative [1]. Rousseau & Laisné [2] disent que la femme doit adresser directement au tribunal sa requête à fin d'être autorisée, sans sommation préalable à son mari. Nous ne pouvons, ajoutent-ils, partager l'opinion de M. Laurent suivant laquelle les tribunaux ne peuvent suppléer à l'autorisation maritale par le motif que la loi ne saurait pas, pour ce cas particulier, conférer un pareil droit aux tribunaux. A notre avis, l'impossibilité où est le mari de manifester sa volonté, équivaut à son silence ou à un refus, et il appartient aux tribunaux de sauvegarder tous les intérêts.

Le cas s'est présenté dans une cause de *Rose* v *Perrault* [3], à Montréal, dans laquelle M. le juge Champagne a décidé, en 1899, que la femme commune en biens dont le mari est interné dans un asile d'aliénés, doit, pour avoir le droit d'intenter une action pour injures personnelles, faire nommer un curateur à son mari et se faire autoriser par lui et non pas demander l'autorisation du tribunal pour ester en justice.

(1) 1, p. 527.

(2) Au mot "Autorisation de femme mariée", No 151 *bis*.

(3) 1 R. de P., 402.

Cet arrêt donne lieu à deux remarques. D'abord quant au droit qui y est reconnu à la femme commune d'intenter une action pour injures personnelles, droit que nous examinerons en voyant l'effet de l'autorisation du mari quand la femme est commune en biens. En second lieu, quant au droit du curateur de donner l'autorisation. Sur ce point, l'arrêt cité nous paraît contredire formellement la disposition de l'article 180 du code civil. Quand le mari a un curateur, ce n'est pas lui, le curateur, mais c'est le juge qui, d'après cet article, autorise la femme.

L'article 180 ne parle pas du cas du mari aliéné. Mais l'aliéné, de même que l'interdit, est privé de l'exercice de ses droits, sauf dans ses intervalles lucides ; il ne peut donc pas alors exercer celui d'autoriser. La femme qui a besoin d'autorisation doit donc, ou, si elle est défenderesse et ne le fait pas, le demandeur doit faire interdire le mari, ce qui est constater son incapacité, et alors, rentrant dans les termes de l'article 180, obtenir l'autorisation judiciaire. Cette pratique peut avoir ses inconvénients. Mais, dans une matière où la conséquence d'une formalité négligée, peut être la nullité absolue des procédures, et où tout doit s'interpréter strictement, puisque c'est de droit exceptionnel, nous croyons qu'il n'est guère de précautions inutiles.

Cependant le mari qui n'est pas placé dans un asile, doit pouvoir valablement autoriser sa femme durant ses intervalles de lucidité [1].

215. Si la femme a été nommé curatrice de son

(1) Dans la cause, déjà citée, de *Parizeau* v *Huot*, No 153, il a été décidé que le curateur à l'interdit n'a pas qualité pour autoriser la femme de l'interdit à un acte quelconque et, par conséquent, ne doit pas nécessairement être mis en cause dans une action prise contre la femme.

mari, la position change. Sa nomination à la curatelle, dit Pothier [1], renferme nécessairement une autorisation pour administrer tant les biens de son mari que les siens. La femme n'a donc besoin d'aucune autre autorisation. Conformément à cette doctrine, dans la cause de *Lemieux* v *Forçade* [2], le juge J.-T. Taschereau, en 1870, a jugé que la femme d'un interdit pour ivrognerie peut être poursuivie sans que son mari soit mis en cause pour l'assister. Dans la cause de *Hoffman* v *Lawrence* [3], M. le juge Mathieu, en 1898, a jugé : le fait qu'une femme a été nommée curatrice de son mari, interdit pour ivrognerie, est suffisant pour l'autoriser à faire seule des actes d'administration, comme d'intenter les actions pour dettes dues à l'interdit. Dans la cause de *Renaud* v *Hoffman* [4], la cour de revision (Taschereau, Pagnuelo et Lavergne JJ.) en 1898, confirmant le jugement de M. le juge Doherty, a décidé "qu'une demande de cession faite à la femme en sa qualité de curatrice de son mari est suffisante et qu'il n'est pas nécessaire d'assigner celui-ci pour autoriser son épouse, cette dernière n'étant pas personnellement en cause, mais seulement en sa qualité de curatrice".

La doctrine enseignée par Pothier n'est pas absolument conforme au principe de la spécialité de l'autorisation. La nomination de la femme à la curatelle de son mari la rend certainement capable de faire en cette qualité les actes de son mari. Mais elle ne doit pas avoir l'effet de rendre à la femme sa pleine capacité, quant à ses actes à elle [5].

(1) Puissance du mari, No 26.

(2) 2 R. L., 626.

(3) 14 R. J. O., C. S., 238.

(4) 14 R. J. O., C. S., 472.

(5) Voir sur cette matière, Baudry-Lacantinerie, *Personnes*, II No 2286 ; Laurent, III, No 131.

216. III.—Absence du mari.—Comme dans le cas du mari interdit, la femme n'a pas besoin ici, avant de demander l'autorisation du juge, de faire constater le refus de son mari. Ce qu'il faut prouver, c'est seulement son absence.

217. Quelle signification faut-il attribuer au mot absent ? L'article 86 du code civil définit l'*absent :* celui qui, ayant eu un domicile dans le Bas-Canada, a disparu sans que l'on ait eu aucune nouvelle de son existence. Voilà le sens légal : c'est la seule définition de l'absence contenue au code. Dans son sens ordinaire, l'absent est celui qui tout simplement n'est pas sur les lieux, peu importe qu'il y ait ou non incertitude sur sa vie ou sa mort.

Faut-il donc, pour qu'il y ait lieu de requérir l'autorisation judiciaire, que le mari soit légalement absent, ou sa non-présence suffit-elle ? Cette question est controversée.

La plupart des auteurs admettent la doctrine de l'ancien droit qui trouvait suffisante la simple non-présence. " Les femmes, dit Pothier, ont pareillement recours à cette autorisation du juge lorsqu'on ne sait où est leur mari, ou lorsque l'affaire ne peut souffrir le retardement qui serait nécessaire pour requérir l'autorisation du mari, qui est dans un lieu trop éloigné [1]. Et Demolombe [2] enseigne qu'il en doit être de même suivant le code Napoléon, " car, dit-il, le mot absence n'a pas toujours dans nos lois son acception technique et spéciale ". Cette opinion est aussi celle d'Aubry & Rau [3].

(1) Introduction au titre 10 de la Coutume d'Orléans, No 149.

(2) II, No 214.

(3) V, p. 147.

Cependant une opinion contraire est soutenue par Marcadé [1], Dalloz [2] et Laurent [3]. Ces auteurs refusent au juge le droit d'autoriser dans le cas de simple non-présence du mari. " La règle, dit ce dernier auteur, est que le mari doit autoriser, car il s'agit de sauvegarder son autorité ; c'est seulement quand il abuse de son autorité que le juge autorise. De là suit que si le mari peut manifester sa volonté, il n'y a pas lieu pour le juge à intervenir : ce serait usurper la puissance maritale et l'affaiblir. Les cas où le juge autorise sont des exceptions ; ces exceptions ne peuvent recevoir leur application que lorsque la règle générale ne peut pas être appliquée... Peut-on, d'ailleurs, invoquer les distances comme un obstacle lorsqu'il n'y a plus de distance ?" Cette doctrine a d'autant plus de force, en France, que l'article 863 du code de procédure, en parlant de l'absence présumée ou déclarée du mari, interprète la disposition du code Napoléon. Ces auteurs nous paraissent donc avoir droit de conclure que, le code de procédure ne prévoyant pas le cas de la simple non-présence, c'est qu'elle ne justifie pas l'intervention du juge.

Dans notre droit, la question se présente sous un autre aspect. D'abord, il faut le remarquer, aux termes mêmes de l'article 86, la définition qui est donnée de l'absent s'applique seulement au titre quatrième du livre premier du code civil. Or, l'article 180 est au titre cinquième. En outre, aucun article, soit du code civil soit du code de procédure, n'interprète le mot "absent" dont se sert l'article 180. Il suit de là qu'il est possible, dans notre droit, de prendre le mot absent

(1) I, p. 59.

(2) Au mot *Mariage*, No 870.

(3) III, No. 127.

dans son sens ordinaire ou grammatical, et d'appliquer la règle de l'article 180 au cas de simple non-présence. C'est là adopter la doctrine de l'ancien droit.

La question a été soulevée assez rarement devant nos tribunaux. Cependant, en 1881, M. le juge en chef Casault a décidé que la femme dont le mari est absent, c'est-à-dire non présent, peut être autorisée par justice à ester en jugement [1]. Et en 1893, la cour de revision, à Québec, (Casault, Routhier & Andrews, JJ.) a jugé que la femme dont le mari est aux Etats-Unis, dans un endroit inconnu, peut être autorisée par le juge à ester en justice, et que l'absence prévue par l'article 180 n'est pas celle définie à l'article 86 et ne doit pas nécessairement en réunir les conditions [2].

La même interprétation du mot *absent* a été faite dans la cause de *Quebec Bank* v *Bryant* [3], et dans celle du *Crédit Foncier* v *Dufresne* [4]; de même que par Me L.-P. Sirois, notaire [5], et M. Mignault [6], qui dit : " Cela se fait tous les jours dans la pratique, par exemple, quand le mari est absent du pays pour cause de voyage."

218. Si l'on admet que pour constituer le mari absent, suivant l'article 180, les conditions imposées par l'article 86 ne sont pas nécessaires, il faut néanmoins se garder d'accepter comme suffisants tous les cas de non-présence. Accorder l'autorisation judiciaire pour

(1) *Dassylva* v *Lizotte*, 13 Q. L. R., 262.

(2) *Turcotte* v *Nolet*, 4 R. J. O., C. S., 438.

(3) 1 R. J. O., C. S., 53.

(4) 4 R. de P., 247.

(5) Dans un article publié au 2 R. L. n. s., 403.

(6) I, p. 526, en note.

plaider, dans un temps où le mari est peu éloigné, ou ne l'est que pour peu de jours, et alors qu'il n'y a pas réellement urgence, ce serait méconnaître la puissance maritale. Le juge, à qui la requête pour autorisation est présentée, doit donc examiner si l'autorisation du mari peut ou ne peut pas être obtenue, par correspondance ou autrement, en temps utile, si réellement il y aurait préjudice pour la femme à attendre le retour de son mari, et il doit exiger une preuve certaine de l'éloignement du mari. Comme le dit Boitard, la femme n'a pas de contradicteur ; c'est un motif de plus pour que le tribunal examine sérieusement la demande. Si d'ailleurs le juge est convaincu que l'autorisation du mari ne peut pas être obtenue en temps utile, et qu'il est opportun que la femme puisse agir immédiatement en justice pour l'affaire soumise à sa considération, il y a lieu de donner l'autorisation.

2° Comment se donne l'autorisation judiciaire et à quel moment.

219. Posons de nouveau le principe que toute procédure, faite sans autorisation par la femme, est nulle. Puis examinons quel est son rôle dans l'instance.

220. **I. La femme est demanderesse.**—Comme dans le droit français, la femme, qui veut poursuivre et ne peut pas se faire autoriser de son mari, doit, avant d'intenter l'action, procéder, par requête, à demander l'autorisation judiciaire. Le code de procédure français règle cette matière, sur laquelle le nôtre est muet. Voici la manière de procéder, telle que nous la trouvons exposée par Loranger [1]. " La forme voulue est la présentation d'une requête au juge, en Chambre (car

(1) II, No 466.

l'autorisation appartient à la procédure vo'ontaire), de la part de la femme, alléguant la nécessité de l'acte, le refus du mari, et demandant l'autorisation judiciaire. Sur cette requête, le juge enjoint au mari de montrer cause et sur audition des parties ou sur défaut du mari de comparaître, le magistrat apprécie, et il accorde ou refuse l'autorisation demandée, sans que son jugement soit soumis à appel ".

Dans une cause de *Simard* v *Labbé* [1], M. le juge Gagné, en 1896, a décidé que la procédure par requête est régulière et qu'il n'est pas nécessaire de mettre le mari en demeure par une sommation.

La cour d'appel, en 1887, dans la cause de *Robillard* v *Dufaux* [2], a refusé d'accorder l'appel du jugement d'un juge en chambre autorisant une femme mariée à contracter, sans qu'au préalable la décision de ce juge eût été soumise à la revision de la cour supérieure.

La procédure doit être la même si, au lieu de refus du mari, la requête allègue son interdiction ou son absence. Seulement, alors, il ne peut être question d'enjoindre au mari de montrer cause, et le jugement d'autorisation doit se rendre *ex parte*. On peut toutefois se demander, dans le cas où le mari serait non présent, et où il n'y aurait pas absolument urgence, s'il n'y a pas lieu pour le juge d'ordonner l'appel du mari par la voie des journaux.

Si la femme poursuit avant d'avoir obtenu l'autorisation du juge, l'action n'est pas recevable, ses procédures sont absolument nulles, et elle ne peut, au cours de l'instance, obtenir l'autorisation de les continuer. Quand

(1) 2 R. de J., 169.

(2) 16 R. L., 235.

le mari n'est pas en cause avec sa femme demanderesse, le bref d'assignation ou au moins la déclaration qui l'accompagne doivent énoncer que la femme a été autorisée. M. le juge en chef Casault, dans la cause de *Turcotte* v *Nolet*, déjà citée, a, d'ailleurs, énoncé l'opinion qu'il n'est pas nécessaire de mentionner si cette autorisation alléguée par la femme est celle du juge ou celle de son mari. Il lui suffit de la produire [1].

221. II.—La femme est défenderesse.—Si la femme est assignée par un tiers demandeur, on enseigne, en France, que le tribunal n'est pas tenu de rendre, au cas de refus ou de défaut du mari, un jugement spécial d'autorisation ; qu'il autorise tacitement la femme par cela seul qu il l'admet à conclure et à plaider, et que l'autorisation de justice résulte même implicitement pour elle du jugement qui la condamne, avec son mari [2].

Cette doctrine, fondée sur le principe que le défaut d'autorisation entraîne une nullité seulement relative, ne peut être adoptée dans notre droit dont la théorie est que les actes faits par la femme sans autorisation sont absolument nuls. Elle ne peut donc être suivie que dans les deux cas suivants : celui où le mari assigné pour autoriser comparaît, sans déclarer qu'il autorise ou qu'il refuse d'autoriser, car alors sa simple comparution est interprétée comme une autorisation suffisante ; et celui où, sur poursuite dirigée contre le mari et la femme, tous deux comparaissent. Mais dans ces deux cas, on le voit, la femme se trouve, non pas à recevoir

(1) Voir ce point : *Legault* v *Périard*, 1 R. J. O., C. S., 30 ; *Péloquin & Cardinal*, 3 R. J. O., B. R., 10 ; *Thibaudeau & Désilets*, 4 R. de P., 1 ; *Crédit Foncier Franco-Canadien* v *Dufresne*, 4 R. de P., 246.

(2) Garsonnet, VI, p. 201 ; Rousseau & Laisné, au mot "*Autorisation de femme mariée*", Nos 128, 143, 163.

du juge une autorisation implicite qui résulterait du jugement, mais à plaider avec l'autorisation tacite de son mari.

222. A.—Refus du mari.—Si le mari, assigné, soit pour autoriser, soit comme défendeur avec sa femme, déclare qu'il refuse l'autorisation, il faut de toute nécessité qu'il intervienne un jugement autorisant la femme; sans ce jugement, elle ne peut faire aucune procédure valable. Si le mari, assigné comme nous venons de le dire, ne comparaît pas, son défaut est considéré comme un refus d'autoriser et il en a les effets. Avant de procéder, la femme ou le demandeur doivent par motion requérir l'autorisation judiciaire de la femme qui a comparu ; sinon, toutes les procédures faites, soit par celle-ci, soit par le demandeur contre elle, avant l'autorisation, seront nulles d'une nullité absolue. Il n'y a pas d'exception à la règle que l'autorisation, soit maritale, soit judiciaire, doit précéder ou au moins accompagner la procédure autorisée.

Il a cependant été décidé que l'autorisation judiciaire peut être donnée en tout état de cause [1]. Mais cette théorie est inadmissible. Dans l'espèce ainsi jugée, il s'agissait d'une action contre une femme séparée, " pour répondre de faits personnels qui n'exigeaient pas l'autorisation de son mari ". L'opinion émise par le tribunal n'était donc pas sollicitée.

Evidemment, puisque l'autorisation judiciaire n'est ici accordée que sur le refus du mari, il faut que le mari ait été mis en demeure de consentir ou de refuser, et le juge ne peut pas intervenir, si le mari n'a pas été régulièrement assigné. Nous avons déjà examiné ce point.

(1) *Parizeau* v *Huot*, 3 R. de P., 395, en 1900.

Ajoutons que, suivant nous, le jugement d'autorisation accordé sur refus du mari, à la requête du demandeur, devrait être signifié à la femme pour la mettre légalement en cause, à moins toutefois que ce jugement n'ait été rendu, séance tenante, en présence de la défenderesse.

223. B. Interdiction du mari.—Nous ne voyons qu'une procédure à suivre. C'est, pour le demandeur, de s'adresser au juge et d'en obtenir l'autorisation de la femme de l'interdit, *avant* de prendre son action. Sans cette formalité préalable, en effet, la femme n'a pas même la capacité de comparaître. L'action est dirigée contre la femme seule, autorisée judiciairement, sans mise en cause de son mari.

224. C. Absence du mari.—En principe, la même solution s'impose. Et, s'il n'y avait à consulter que le code civil, sur la matière, le cas ne présenterait pas plus de difficulté que celui où le mari est interdit. L'embarras naît des dispositions des articles 136 et suivants du code de procédure. D'après ces articles, en effet, l'absent peut être valablement assigné par la publication dans les journaux d'un ordre du juge ou du protonotaire lui enjoignant de comparaître ; et, s'il réside dans une autre province, par la signification que peut lui faire de l'action une personne lettrée.

Nous avons donc, d'un côté, le code civil, qui permet au juge d'autoriser quand le mari est absent, c'est-à-dire même seulement non présent. De l'autre, nous avons le code de procédure dont les dispositions ont pour portée de permettre, dans tous les cas, de faire constater si le mari absent refuse l'autorisation, puisque, d'après ce code, on peut le mettre en défaut de comparaître, ce qui constitue un refus.

Si l'on s'en tient au premier code, la requête alléguant l'absence du mari est présentée avant l'institution de l'action, et, l'autorisation judiciaire de la femme une fois obtenue, la poursuite est dirigée contre elle, seule, sans mise en cause du mari. Si l'on se conforme au second code, l'action sera intentée contre la femme et contre le mari, mis en cause pour l'autoriser ; celui-ci sera assigné régulièrement, et, sur son défaut constaté de comparaître, le juge autorisera la femme.

Dans le premier cas, l'autorisation judiciaire est donnée à une femme *dont le mari est absent.* Dans le second cas, elle est donnée à une femme *dont le mari refuse* l'autorisation.

225. Lequel de ces deux modes de procéder pour obtenir l'autorisation judiciaire doit être adopté ?

Nous les croyons l'un et l'autre valables. Ce sont deux chemins qui mènent au même but. Que l'on prenne l'un ou l'autre, en effet, le juge a la même discrétion et peut toujours ou refuser ou accorder l'autorisation que le mari ne peut donner, si on le considère absent, ou qu'il refuse, si on le met en défaut. Nous croyons cependant qu'il vaut mieux employer le second, au moins dans les cas qui ne sont pas urgents. S'il est moins expéditif, on ne saurait nier qu'il est plus conforme que l'autre au principe du respect dû à la puissance maritale. En effet, sans priver la femme de son droit de plaider, il sanctionne la règle que le mari doit d'abord être appelé à fournir l'autorisation requise, et qu'à son défaut seulement, le juge intervient.

La question de la validité du premier moyen ne paraît pas avoir été discutée par nos tribunaux, si ce n'est dans la cause du *Crédit Foncier* v *Dufresne,* où, incidemment, M. le juge Cimon a émis l'opinion que

l'absence constatée du mari depuis une vingtaine d'années est un fait suffisant pour provoquer le juge à autoriser la femme à ester en justice, sans que le mari soit assigné ni mentionné au bref [1]. Quant au mode d'appel du mari absent par la voie des journaux pour autoriser ou assister sa femme défenderesse, M. le juge Cimon, au même endroit, émet des doutes sur son efficacité et il ajoute "j'ai entendu une haute autorité exprimer l'opinion que cela n'était pas suffisant". Nous ne savons sur quoi ce doute repose. Il est certain, d'autre part, que les juges devant qui le point a été directement soulevé l'ont résolu dans le sens de la validité de de cette manière de procéder [2].

226. Nous croyons logique, du reste, la doctrine formulée dans les deux arrêts suivants [3], prononcés par M. le juge Cimon et M. le juge en chef Sir L. N. Casault. Le point qu'on y décide, c'est que si le demandeur met le mari en cause dans l'action dirigée contre la femme, il est tenu de l'assigner régulièrement, et qu'il ne peut plus, si le mari n'est pas mis en défaut, obtenir l'autorisation du juge. La portée de ces deux décisions nous paraît être d'interdire l'emploi simultané des deux modes indiqués d'obtenir l'autorisation judiciaire. Si le demandeur requiert l'autorisation en alléguant l'absence du mari, il ne peut pas en même temps mettre celui-ci en cause ; s'il le met en cause, il ne peut pas obtenir l'autorisation sans avoir fait constater son refus, c'est-à-dire son défaut. Les deux moyens, encore une fois, sont licites : mais il faut prendre l'un ou l'autre, le premier exclut le second.

(1) 4 R. de P., pp. 248 et 249.

(2) Voir, par exemple, *Demers* v *Dufresne*, citée au No 191.

(3) Toujours dans la cause *Crédit Foncier* v *Dufresne*.

Il s'agissait, dans l'espèce, d'une action hypothécaire intentée contre une femme séparée de biens, dont le mari, mis en cause pour autoriser, était absent. Le demandeur signifia la poursuite seulement à la femme. Elle comparut, dans les délais indiqués, par procureur. Le demandeur présenta alors au juge une requête alléguant l'absence du mari et demandant l'autorisation judiciaire pour la femme d'ester en justice. Celle-ci ayant montré cause, la requête fut renvoyée par M. le juge Cimon, le 30 novembre 1901, pour les raisons suivantes :

" Considérant que le mari de la femme défenderesse est mentionné dans le bref de sommation pour assister son épouse, mais qu'il n'a pas été assigné avec elle ;

"Considérant que la femme défenderesse, n'étant autorisée en aucune façon à ester en justice, alors l'assignation donnée à elle seule, le choix qu'elle a fait des procureurs pour comparaître pour elle et la comparution qu'elle a faite par leur entremise sont nuls et d'une nullité absolue ;

" Considérant que toute la procédure jusqu'à présent en cette cause vis-à-vis la femme défenderesse est comme n'existant pas ;

" Considérant qu'il n'y a pas lieu d'accorder la présente requête qui est présentée comme incident dans une procédure qui n'a pas d'existence légale et qui n'oblige pas la femme défenderesse ;

" La dite requête est renvoyée, avec dépens [1] ".

Le demandeur fit alors émettre un " *alias* bref d'assignation " pour être signifié au mari. Ce nouveau bref fut

(1) Les notes du savant juge sont rapportées au vol. 4 R. de P., 244.

rapporté en cour avec un procès-verbal d'huissier attestant que le mis en cause n'avait ni domicile ni résidence dans la province et que la signification était impossible à raison de son absence. Nouvelle requête de la part du demandeur, alléguant ce procès-verbal d'huissier et demandant l'autorisation judiciaire de la femme, vu l'absence constatée du mari. Par jugement du 10 décembre 1901, M. le juge en chef Casault a refusé d'accorder cette demande.

Le jugement de M. le juge Cimon exige une remarque. Après avoir établi que la procédure dans laquelle la requête est présentée n'existe pas légalement et que la femme n'est pas même légalement devant la cour, il lui accorde les frais de contestation de cette requête. Nous trouvons plus logique la conclusion à laquelle en était venu M. le juge Andrews, dans la cause de *Demers* v *Dufresne*, en mettant les parties hors de cour. Il nous semble qu'une procédure inexistante ne peut pas avoir d'effet ; comment accorder des dépens à une personne qui n'est pas même en cause ?

§ III — ETENDUE DE L'AUTORISATION ET SES EFFETS [1]

227. Notre sujet ne comporte pas l'étude de tous les effets de l'autorisation de plaider accordée à la femme. Nous n'avons pas à examiner quelle peut être, pour le mari, la conséquence de cette autorisation qu'il

(1) Pothier, *Traité de la Puissance du mari*, No 76 ; Dalloz, au mot *Action*, No 148, au mot *Mariage*, No 783 ; Dalloz, 1848, 5, 19 ; 1852, 2, 44 ; 1862, 2, 194 ; Sirey, 1818. 1. 193 ; Duranton, II, No 459 ; Aubry & Rau, IV, p. 139, V, p. 156 ; Demolombe, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, II, Nos 230, 275, 276, 289 et 292 ; Loranger, II, No 468 ; Laurent, *Principes de droit civil*, III, No 145, 147 ; Garsonnet, VI, p. 197 ; Baudry-Lacantinerie, *Des Personnes*, II, Nos 2188, 2318, 2315, 2330 ; M. Mignault, I, p. 517 et s.

a lui-même donnée ou que le tribunal a suppléée. Il s'agit uniquement de savoir dans quelles limites la femme, autorisée à plaider, doit être considérée comme habilitée.

"L'effet de l'autorisation du mari et de l'autorisation supplétive du juge, dit Pothier, est de rendre la femme aussi capable de l'acte pour lequel elle est autorisée, qu'elle le serait si elle n'était pas mariée." En d'autres termes, l'autorisation lève l'incapacité qui résultait pour la femme de l'état de mariage. La femme autorisée devient donc aussi capable, ni plus ni moins, que si elle n'était pas mariée. C'est la règle : elle souffre des exceptions quant au principe que la femme mariée, avec l'autorisation, n'est pas *moins capable* qu'une fille ou une veuve. Il n'y a pas d'exception au principe que cette autorisation ne la rend pas *plus capable* que si elle n'était pas mariée.

1° En cour de première instance

228. Le mari a donné à sa femme l'autorisation d'ester en justice ; cette autorisation, pour être valide, ne doit pas être générale. Il faut donc se demander à quels actes de procédure elle s'applique, et quelle en est l'étendue. La règle à cet égard est que l'étendue de l'autorisation doit être déterminée d'après les principes ordinaires de l'interprétation, c'est-à-dire, d'après les termes dans lesquels elle a été donnée, et d'après les circonstances du fait, si ces termes ne sont pas par eux-mêmes suffisamment explicites. L'autorisation est en effet un acte dont la portée doit être appréciée comme celle de tous les autres, dit Baudry-Lacantinerie. Le principe de la spécialité de l'autorisation nous défend de conclure de la capacité accordée à la femme de faire

un acte, à la capacité de suivre toute seule les contestations auxquelles il donne lieu.

229. Si la femme est autorisée " à ester en justice aux fins de tel procès ", l'interprétation qu'il faut faire de cette autorisation, c'est qu'elle rend la femme capable de faire tous les actes de procédure requis au cours de l'instance jusqu'à jugement. Cette autorisation, quant au principal, s'applique aux incidents et accessoires. Qui veut la fin veut les moyens. Son effet ne s'arrête pas au jugement. L'autorisation habilite la femme à faire exécuter le jugement rendu à son profit, car cette exécution est la suite nécessaire de la procédure dans laquelle elle a été admise à s'engager, et c'est elle seule qui la complète. En vertu du même principe, la femme peut défendre aux oppositions qu'on ferait à cette exécution.

De même on peut dire que la femme qui a obtenu un jugement de séparation, peut, en exécution de ce jugement, faire un règlement amiable avec son mari. Ce jugement lui confère implicitement la capacité d'exercer ses droits et de recouvrer ses reprises ; elle peut aussi, sans aucune autorisation, renoncer à la communauté [1].

Dans la cause de *Roy* v *Bétournay* [2], il a été jugé que pour soumettre à la contrainte par corps une femme autorisée dans la poursuite où elle est défenderesse, il n'est pas nécessaire de signifier au mari la règle pour contrainte en exécution du jugement rendu contre la femme. Cependant, M. le juge Archibald a décidé qu'une femme autorisée à intenter une action en séparation de corps, ne peut pas faire saisir-exécuter

(1) Pigeau, II, 186 ; *Trudeau* v *Labossière*, 4 R. de P., 46, 1901. Pagnuelo J.

(2) 1 R. J. O., C. S., 139.

en vertu du jugement rendu en sa faveur, mais que l'autorisation finit avec ce jugement [1]. Et il avait été décidé, en 1860, par la cour supérieure, qu'une règle pour contrainte par corps contre la femme doit être renvoyée si elle n'a pas été signifiée au mari [2].

230. L'autorisation n'habilite la femme que pour l'acte en vue duquel elle a été donnée ; il ne saurait dépendre de personne d'en modifier, ni les conditions ni le caractère. Il suit de là que la femme, autorisée à plaider, ne peut pas *transiger*, puisque c'est là tout le contraire de plaider ; ni *se désister* de sa demande. Ce désistement en effet est susceptible de compromettre ses intérêts, ne fût-ce que par l'obligation de faire, le cas échéant, un nouveau procès, si l'action subsiste. Ce désistement implique d'ailleurs une renonciation à un droit, partant une aliénation ; or, comme le fait remarquer Laurent [3], ce n'est pas pour aliéner son droit que le mari a autorisé sa femme, c'est, au contraire, pour en poursuivre l'exécution forcée.

La femme ne peut pas non plus *acquiescer* à la demande formée contre elle, puisque c'est là abdiquer son droit qu'elle est autorisée à défendre. Certains auteurs enseignent qu'elle ne peut pas même acquiescer au jugement rendu contre elle. Nous croyons, avec Aubry et Rau [4], que l'acquiescement au jugement lui est permis : elle a plaidé, comme elle était autorisée à le faire, cette autorisation doit lui permettre d'accepter le jugement qui a prononcé sur l'existence des droits qu'elle soutenait.

(1) *Emery* v *Martel*, 5 R. L., n. s., 307.

(2) *McDonald* v *McLean*, 11 L. C. R., 6.

(3) III, No 147.

(4) V, p. 157.

Ces exemples font voir que l'autorisation donnée à la femme de plaider n'a pas toujours pour effet de la rendre aussi capable quo si elle n'était pas mariée : le principe de la spécialité apporte des exceptions à la règle que, par l'autorisation, elle se trouve à n'être pas *moins capable* qu'une fille ou une veuve.

231. Quant aux procédures qui n'ont pas le caractère d'un abandon des droits de la femme, elle est pleinement capable de les faire toutes. Prenons, par exemple, la partie la plus importante des procédures, la preuve. L'effet de l'autorisation est de mettre la femme mariée sur le même pied que son adversaire. Elle peut donc, aux termes de l'article 316 du code de procédure, être interrogée comme témoin par la partie adverse, et aussi rendre témoignage en sa faveur.

Il a été décidé, en 1897, que la femme commune en biens poursuivant en dommages conjointement avec son mari, peut témoigner, même pour établir une cause d'action antérieure à l'adoption du statut qui permet aux parties d'offrir leur témoignage [1].

D'autre part, M. le juge Curran a décidé que, dans une action de la communauté où la femme est codemanderesse avec son mari, elle n'a pas plus le droit de se faire entendre comme témoin que si l'action avait été intentée au nom du mari seul [2].

232. Faut-il ajouter que la femme peut être témoin même dans le cas où elle plaide contre son mari ? La question serait difficile à résoudre si la cour d'appel ne

(1) *Gagné* v *Forgues*, 5 R. L., n. s., 24, Gagné J.—Dans le même sens, *Sullivan* v *La Corporation de Magog*, 18 R. J. O., C. S., 107, Lemieux J., 1900.

(2) *Dunfy & vir* v *Kelly*, 20 R. J. O., C. S., 231.

l'avait déjà tranchée. En effet, il n'est pas facile de concilier la disposition de l'article 316 du code de procédure avec celle du paragraphe 4 de l'article 314 du même code: "Les époux ne sont pas compétents à témoigner l'un pour ou contre l'autre". On pourrait dire que l'article 316 pose une règle générale à laquelle l'article 314 fait une exception. Mais c'est l'opinion contraire qui a été reçue dans la cause de *Talbot* v *Guilmartin* [1], décidée en première instance par M. le juge Pelletier, dont le jugement a été confirmé par la majorité de la cour d'appel. Il s'agissait d'une action en séparation de corps intentée par la femme; et on y a permis à celle-ci, de faire, par son propre témoignage, la preuve des mauvais traitements qu'elle alléguait.

233. Cette interprétation nous dispense d'examiner la question, controversée par les commentateurs du code Napoléon, de savoir si la femme, autorisée à plaider, peut faire un *aveu*. Puisque son témoignrge est reçu, en entier, même dans un procès contre son mari, c'est-à-dire, malgré l'article 314 du code de procédure, à plus forte raison faut-il dire qu'elle peut faire des aveux. Cela doit comprendre uniquement, bien entendu, les aveux judiciaires. Ceux faits par la femme avant son autorisation ne peuvent être invoqués contre elle, si ce n'est pour attaquer la valeur d'une déclaration contraire qu'elle ferait sous serment, après avoir reçu l'autorisation.

En résumé, nous croyons, avec Demolombe, que dans notre droit du moins, la femme autorisée à plaider est autorisée à courir toutes les chances de la lutte judiciaire.

(1) 10 R. J. O., B. R., 564.

2° **Quant aux appels.**

234. L'autorisation donnée à la femme d'ester en justice s'étend-elle à tous les degrés de juridiction par lesquels peut passer le procès ? Quelles voies de recours sont permises à la femme, en vertu de cette autorisation ? Examinons les divers moyens, indiqués par le code de procédure, de se pourvoir contre les jugements.

235. **Opposition à jugement** (1163-1174 C. P.) — L'article 1173 dit que cette opposition fait partie de la procédure dans la poursuite originaire et est une défense à l'action. Comme il s'agit tout simplement de plaider, et que les circonstances seules où ce plaidoyer est produit diffèrent des cas ordinaires, il est admis sans difficulté que l'autorisation d'ester en justice permet à la femme, condamnée par défaut de comparaître ou de plaider, de former l'opposition à jugement.

236. **La requête en revision** (1175-1176 C. P.), accordée dans des cas différents de ceux où l'opposition à jugement est permise, y est cependant assimilée par l'article 1176. Et la réponse devrait être la même. Mais, en pratique, comme cette requête est le premier acte de procédure que doit faire la femme dans le procès qui lui est intenté, il s'en suit que son autorisation sera requise spécialement pour la former.

237. **Tierce-opposition** (1185-1188 C. P.).—C'est, au point de vue où nous nous plaçons, le même cas que celui de la requête en revision. Pour former la requête en tierce-opposition, la femme est tenue d'obtenir l'autorisation directe de la faire. Il ne peut donc pas se présenter de difficulté.

238. **Requête civile** (1177-1184 C. P.). — Il s'agit

ici de rétracter un jugement rendu après que la femme a déjà plaidé. La solution devient douteuse, et les auteurs ne sont pas d'accord. Loranger enseigne que la femme autorisée à plaider, peut former une requête civile, vu que ce n'est pas là une nouvelle instance. D'après M. Mignault, au contraire, la femme ne peut point, sans une autorisation nouvelle, ester en requête civile, vu que le procès qui a subi et épuisé les divers degrés de juridiction est réellement terminé, et que la requête civile constitue une affaire vraiment nouvelle. C'est l'opinion de Demolombe, qui l'applique à la tierce-opposition. Nous croyons que l'avis de Loranger doit prévaloir. La requête civile est une procédure qui se fait devant le tribunal même où la femme a été autorisée à se présenter : c'est le même procès, avec seulement d'autres moyens dont la femme était d'abord privée.

239. Revision (1189-1208 C. P.).—La revision a lieu devant trois juges de la cour supérieure siégeant comme cour de revision. La femme autorisée en première instance peut-elle, sans une nouvelle autorisation, agir comme appelante ou comme intimée devant cette cour ? On a décidé l'affirmative, pour la raison que les parties sont toujours devant la même cour.

Appel à la Cour du Banc du Roi

(1209-1248 C. P.)

240. Toute autorisation générale, qu'elle vienne du mari ou du juge, est nulle. C'est de ce principe de la spécialité de l'autorisation que naissent les difficultés que nous allons rencontrer dans la solution des cas où il s'agit pour la femme de plaider en appel. Trois cas peuvent se présenter.

Il nous semble que la question doit être décidée négativement" . Demolombe [2] requiert une autorisation écrite, qui d'ailleurs peut être donnée par acte sous seing privé et par simple lettre, la preuve de l'autorisation ne pouvant pas se faire par témoins. M. Mignault, sans se prononcer sur cette question, croit qu'il serait plus prudent d'apporter une preuve écrite de cette autorisation.

Nous croyons, pour notre part, que cette autorisation doit être par écrit. Dans le silence du code sur un point particulier, il nous paraît raisonnable d'interpréter le mot autorisation dans l'article 176, suivant les termes de l'article 177 qui l'exigent " par écrit," vu l'analogie des deux cas. Cette analogie, Laurent lui-même la trouve complète.

C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en sont venus nos tribunaux. " Si la femme se porte demanderesse, a dit M. le juge Ouimet, dans la cause de *Thibaudeau* v *Désilets* [3], il incombe à la femme de se pourvoir elle-même de cette autorisation : soit par une autorisation formelle sous la signature du mari, qu'elle produit, soit en obtenant qu'il comparaisse avec elle comme partie aux fins de l'autoriser ".

203. En 1890, la cour de revision, à Montréal, dans la cause de *Lamontagne* v *Lamontagne* a décidé qu'il ne suffit pas que la femme allègue, dans sa déclaration, qu'elle est autorisée de son mari, mais que ce dernier doit être partie à l'action ou donner son consentement par écrit. " Il est de principe, a dit M. le juge Jetté, que l'autorisation maritale, ne peut se donner qu'à deux

(1) III, No 125.

(2) I, No 194.

(3) 4 R. de P., 1.

époques déterminées, avant ou au moment même de de l'acte que le mari autorise. L'autorisation doit donc être *antérieure* ou *concomitante*, postérieure elle serait sans effet".

En 1892, M. le juge Mathieu, dans la cause de *Legault* v *Périard* [1] avait jugé que l'allégation faite par la femme qu'elle est autorisée par son mari est suffisante. Mais, en 1893, la cour d'appel, dans la cause déjà citée de *Péloquin* v *Cardinal*, a jugé que la simple allégation que la femme était autorisée sans que son mari fût en cause pour l'assister, et sans preuve de l'autorisation, ne suffisait pas pour couvrir la nullité absolue des procédures. En 1899, M. le juge Mathieu, dans la cause de *Chalmers* v *Northwest Shoe Company* [2], a décidé, sur une exception à la forme alléguant que la femme se disait autorisée de son mari et que celui-ci n'était pas mis en cause et que l'autorisation n'était pas produite, que cette autorisation n'étant pas niée par l'exception, elle pouvait se prouver au mérite. En 1900, le même juge, dans la cause de *Paré* v *Riendeau* [3], a jugé qu'une femme, qui dans son action allègue qu'elle est séparée de biens mais qui ne se dit pas autorisée, peut amender et alléguer l'autorisation, si réellement elle existe. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une action en dommages-intérêts.

2° De l'autorisation tacite.

204. Quand le mari intente une action contre sa femme, il l'autorise tacitement à se défendre. Si encore le mari et la femme, dans la même instance, procèdent

(1) 1 R. J. O., C. S., 30.
(2) I R. de P., 250.
(3) 4 R. L., n. s., 83.

Il nous semble que la question doit être décidée négativement" . Demolombe [2] requiert une autorisation écrite, qui d'ailleurs peut être donnée par acte sous seing privé et par simple lettre, la preuve de l'autorisation ne pouvant pas se faire par témoins. M. Mignault, sans se prononcer sur cette question, croit qu'il serait plus prudent d'apporter une preuve écrite de cette autorisation.

Nous croyons, pour notre part, que cette autorisation doit être par écrit. Dans le silence du code sur un point particulier, il nous paraît raisonnable d'interpréter le mot autorisation dans l'article 176, suivant les termes de l'article 177 qui l'exigent " par écrit," vu l'analogie des deux cas. Cette analogie, Laurent lui-même la trouve complète.

C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en sont venus nos tribunaux. " Si la femme se porte demanderesse, a dit M. le juge Ouimet, dans la cause de *Thibaudeau* v *Désilets* [3], il incombe à la femme de se pourvoir elle-même de cette autorisation : soit par une autorisation formelle sous la signature du mari, qu'elle produit, soit en obtenant qu'il comparaisse avec elle comme partie aux fins de l'autoriser ".

203. En 1890, la cour de revision, à Montréal, dans la cause de *Lamontagne* v *Lamontagne* a décidé qu'il ne suffit pas que la femme allègue, dans sa déclaration, qu'elle est autorisée de son mari, mais que ce dernier doit être partie à l'action ou donner son consentement par écrit. " Il est de principe, a dit M. le juge Jetté, que l'autorisation maritale, ne peut se donner qu'à deux

(1) III, No 125.

(2) I, No 194.

(3) 4 R. de P., 1.

époques déterminées, avant ou au moment même de de l'acte que le mari autorise. L'autorisation doit donc être *antérieure* ou *concomitante*, postérieure elle serait sans effet".

En 1892, M. le juge Mathieu, dans la cause de *Legault* v *Périard* [1] avait jugé que l'allégation faite par la femme qu'elle est autorisée par son mari est suffisante. Mais, en 1893, la cour d'appel, dans la cause déjà citée de *Péloquin* v *Cardinal*, a jugé que la simple allégation que la femme était autorisée sans que son mari fût en cause pour l'assister, et sans preuve de l'autorisation, ne suffisait pas pour couvrir la nullité absolue des procédures. En 1899, M. le juge Mathieu, dans la cause de *Chalmers* v *Northwest Shoe Company* [2], a décidé, sur une exception à la forme alléguant que la femme se disait autorisée de son mari et que celui-ci n'était pas mis en cause et que l'autorisation n'était pas produite, que cette autorisation n'étant pas niée par l'exception, elle pouvait se prouver au mérite. En 1900, le même juge, dans la cause de *Paré* v *Riendeau* [3], a jugé qu'une femme, qui dans son action allègue qu'elle est séparée de biens mais qui ne se dit pas autorisée, peut amender et alléguer l'autorisation, si réellement elle existe. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une action en dommages-intérêts.

2° De l'autorisation tacite.

204. Quand le mari intente une action contre sa femme, il l'autorise tacitement à se défendre. Si encore le mari et la femme, dans la même instance, procèdent

(1) 1 R. J. O., C. S., 30.
(2) I R. de P., 250.
(3) 4 R. L., n. s., 83.

Il nous semble que la question doit être décidée négativement" . Demolombe [2] requiert une autorisation écrite, qui d'ailleurs peut être donnée par acte sous seing privé et par simple lettre, la preuve de l'autorisation ne pouvant pas se faire par témoins. M. Mignault, sans se prononcer sur cette question, croit qu'il serait plus prudent d'apporter une preuve écrite de cette autorisation.

Nous croyons, pour notre part, que cette autorisation doit être par écrit. Dans le silence du code sur un point particulier, il nous paraît raisonnable d'interpréter le mot autorisation dans l'article 176, suivant les termes de l'article 177 qui l'exigent " par écrit," vu l'analogie des deux cas. Cette analogie, Laurent lui-même la trouve complète.

C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en sont venus nos tribunaux. " Si la femme se porte demanderesse, a dit M. le juge Ouimet, dans la cause de *Thibaudeau* v *Désilets* [3], il incombe à la femme de se pourvoir elle-même de cette autorisation : soit par une autorisation formelle sous la signature du mari, qu'elle produit, soit en obtenant qu'il comparaisse avec elle comme partie aux fins de l'autoriser ".

203. En 1890, la cour de revision, à Montréal, dans la cause de *Lamontagne* v *Lamontagne* a décidé qu'il ne suffit pas que la femme allègue, dans sa déclaration, qu'elle est autorisée de son mari, mais que ce dernier doit être partie à l'action ou donner son consentement par écrit. " Il est de principe, a dit M. le juge Jetté, que l'autorisation maritale, ne peut se donner qu'à deux

(1) III, No 125.

(2) I, No 194.

(3) 4 R. de P., 1.

époques déterminées, avant ou au moment même de de l'acte que le mari autorise. L'autorisation doit donc être *antérieure* ou *concomitante*, postérieure elle serait sans effet".

En 1892, M. le juge Mathieu, dans la cause de *Legault* v *Périard* [1] avait jugé que l'allégation faite par la femme qu'elle est autorisée par son mari est suffisante. Mais, en 1893, la cour d'appel, dans la cause déjà citée de *Péloquin* v *Cardinal*, a jugé que la simple allégation que la femme était autorisée sans que son mari fût en cause pour l'assister, et sans preuve de l'autorisation, ne suffisait pas pour couvrir la nullité absolue des procédures. En 1899, M. le juge Mathieu, dans la cause de *Chalmers* v *Northwest Shoe Company* [2], a décidé, sur une exception à la forme alléguant que la femme se disait autorisée de son mari et que celui-ci n'était pas mis en cause et que l'autorisation n'était pas produite, que cette autorisation n'étant pas niée par l'exception, elle pouvait se prouver au mérite. En 1900, le même juge, dans la cause de *Paré* v *Riendeau* [3], a jugé qu'une femme, qui dans son action allègue qu'elle est séparée de biens mais qui ne se dit pas autorisée, peut amender et alléguer l'autorisation, si réellement elle existe. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une action en dommages-intérêts.

2° De l'autorisation tacite.

204. Quand le mari intente une action contre sa femme, il l'autorise tacitement à se défendre. Si encore le mari et la femme, dans la même instance, procèdent

(1) 1 R. J. O., C. S., 30.
(2) I R. de P., 250.
(3) 4 R. L., n. s., 83.

à former une demande ou à y défendre. L'autorisation judiciaire doit, dans tous les cas, recevoir la même étendue d'interprétation que celle du mari.

§ IV — DES ACTIONS PERMISES À UNE FEMME COMMUNE EN BIENS DUMENT AUTORISÉE

250. Nous venons de voir que l'effet de l'autorisation est de rendre la femme mariée aussi capable, en général, que si elle était fille ou veuve. Il ne faut pas exagérer et dire que cette autorisation la rend *plus capable* que si elle n'était pas mariée. Sans autorisation, la femme ne peut aucunement plaider, sauf les exceptions pour le cas de séparation de biens. Avec l'autorisation, elle peut plaider dans toutes les actions qui lui appartiennent. En d'autres termes, l'autorisation fait disparaître l'incapacité de la femme d'exercer ses actions, mais elle ne lui donne pas d'actions.

L'application de ce principe clair ne présente pas de difficulté quand il s'agit d'une femme séparée de biens, puisque son patrimoine est complètement distinct de celui du mari, et qu'on ne songera jamais à donner à l'autorisation maritale l'effet d'accorder à la femme le droit d'intenter une action qui appartient à un tiers, même si ce tiers est son mari. Mais la confusion devient possible quant il s'agit de distinguer entre les actions que l'autorisation permet à la femme commune d'intenter et celles où l'autorisation est inefficace à raison de ce qu'elles appartiennent à la communauté.

A proprement parler, nous le déclarons immédiatement, il ne s'agit plus ici de la capacité de la femme d'ester en justice, mais bien plutôt de son droit d'action. Néanmoins, quelques-uns des arrêts que nous allons citer

établissent qu'on a voulu souvent donner à l'autorisation de plaider l'effet de ce qui pourrait s'appeler un transport d'action ; et c'est pour cela qu'il ne nous semble pas hors de propos de rapporter cette jurisprudence.

251. Nous ne reviendrons pas sur le cas des actions concernant ceux des biens de la femme qui ne tombent pas dans l'actif de la communauté. L'article 1298 du code civil dit que le mari peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. Cette disposition n'a pas pour effet d'enlever à la femme l'exercice de ces actions, qui lui sont propres, et elle peut certainement y figurer valablement avec l'autorisation de son mari ou celle du juge [1].

Quant à savoir si l'action dite *d'injure* en est une propre à la femme, c'est un point que nous trouverons très bien étudié dans un arrêt de M. le juge Langelier [2].

1° Des actions fondées sur des créances ordinaires, i. e., sur des obligations ne résultant pas de délits ou de quasi-délits.

Une femme dûment autorisée peut-elle les exercer ?

252. On ne paraît pas avoir jamais décidé qu'une femme commune en biens peut plaider seule dans une action fondée sur une créance de la communauté.

253. *La femme ne peut pas, même autorisée, être seule partie dans ces actions :*

En 1875, la cour supérieure a décidé que, pendant

(1) *Donohue* v *Donohue & Murray*, 4 R. de P., 300, 1901, Mathieu, J.
(2) No 257.

la communauté, le mari seul peut être poursuivi pour une dette de la communauté, (dans l'espèce, pour des provisions) [1]. En 1881, M. le juge en chef Casault a jugé que si a femme dont le mari est absent peut être autorisée à ester en jugement, ce ne peut être que pour la poursuite des droits qui lui sont propres et non des droits appartenant à la communauté qui n'est pas dissoute et dont elle n'a pas l'administration. Elle ne peut réclamer des biens mobiliers qui lui auraient été donnés pendant l'absence de son mari, vu que ces biens tombent dans la communauté [2]. En 1882, la cour d'appel, (Dorion, Ramsay, Tessier, Caron et Baby JJ.) a jugé qu'une femme commune en biens, à qui son père a cédé une créance mobilière ne peut, même avec l'autorisation de son mari, porter en son nom propre une action en recouvrement de la créance cédée, cette action appartenant à la communauté [3]. En 1884, la même cour d'appel a jugé qu'une femme commune en biens, même quand son mari est en cause pour l'assister, ne peut intenter une action pour *aliments*. Mais que cette objection n'ayant été faite qu'en appel, la cour peut renvoyer le dossier devant le tribunal de première instance pour permettre au mari, qui est déjà dans la cause pour autoriser sa femme, de devenir partie principale, soit par intervention ou par amendement [4]. En 1888, la même cour a confirmé une décision de la cour de revision et jugé qu'une dette de la communauté ne peut, pendant l'existence de cette communauté, être poursuivie contre la femme seule, même avec la mise en cause de son mari pour l'assister, mais elle doit l'être contre le mari seul [5]. Il s'agissait

(1) *Frigon* v *Côté*, 1 Q. L. R., 152.

(2) *Dassylva* v *Lizotte*, 13 Q. L. R., 267.

(3) *Bélanger* v *Talbot*, 3 D. C. A., 317.

(4) *Comte* & *Lagacé*, 3 D. C. A., 319.

(5) *Duval* v *Anctil*, 16 R. L., 328.

d'une action prise contre une femme commune qui avait consenti, avec l'autorisation de son mari, une obligation portant hypothèque sur un de ses propres. En 1889, M. le juge Tellier a décidé que la femme commune en biens ne peut poursuivre en son nom, avec l'autorisation de son mari, le recouvrement d'une *vente viagère* qui lui est due en vertu d'un acte de donation passé avant son mariage [1]. En 1900, M. le juge Andrews a décidé qu'une femme commune en biens ne peut intenter une action en compte et partage, sans que son mari soit co-demandeur avec elle [2].

Bien que le droit de plaider n'y soit pas discuté, nous croyons utile de citer encore l'arrêt suivant : En 1900, M. le juge Taschereau a décidé que le juge ne peut autoriser une femme à retirer des deniers à elle légués, et qui, d'après les termes du testament, ne lui sont pas encore payables, sous prétexte que cette femme est commune en biens, sans ressources et que son mari est absent et présumé mort [3].

254. *La femme peut être partie dans ces actions, à la condition que son mari soit lui-même en cause personnellement.*

En 1878, le juge Meredith a décidé que le mari et la femme communs en biens peuvent poursuivre ensemble pour des dettes de la communauté [4]. En 1893, M. le juge Doherty a décidé qu'il n'y a pas d'illégalité à ce que la femme se joigne à son mari pour intenter avec

(1) *Roy* v *Sabourin*, 21 R. L., 450

(2) *Giroux* v *Giroux*, 19 R. J. O., C. S., 372. Même décision, quant à un legs, en 1895, *Trew* v *Kirkup*, 7 R. J. O., C. S., 308.

(3) *Ex parte Mercier*, 2 R. de P., 292.

(4) *Bertrand* v *Pouliot*, 4 Q. L. R., 8.

lui une action de la communauté ; une inscription en droit demandant le renvoi de l'action quant à elle ne doit pas être maintenue [1]. En 1899, M. le juge Mathieu a décidé qu'une femme commune en biens poursuivie avec son mari pour une dette contractée par elle avec l'autorisation de son mari, ne peut, par exception à la forme, se faire mettre hors de cause [2].

255. *De la femme marchande publique.*—En 1893 il a été décidé par la cour supérieure : " That a wife common as to property who contracts as *marchande publique* for the purposes of her business binds herself personally, and the fact that she also binds her husband and that the debts so contracted become also debts of the community, does not alter the relation existing between her and her creditor and does not prevent the latter from exercising his recourse against her " [3]. En 1896, M. le juge Tait a décidé : " That an action cannot be maintained against a wife common as to property with her husband, on a lease signed by her, when it is not alleged that she was a public trader at the time she signed the lease, or that the lease was signed in connection with any business or trade then carried on by her, or that she was authorized by her husband to sign the same " [4]. En 1897, M. le juge Doherty a décidé : " A married woman who is a *marchande publique*, even though she be common as to property, is liable to be sued for the enforcement of obligations incurred by her for the purposes of her business as such *marchande publique ;* and the fact that she is misdescribed in the writ as being separate as to pro-

(1) *Mallet* v *Sahara*, 4 R. J. O., C. S., 110.

(2) *Ennaus* v *Desmarais* et *Hopkins*, 2 R. de P., 261.

(3) *Inglis* v *O'Connor*, 4 R. J. O., C. S., 88.

(4) *Joseph* v *McDonald*, 11 R. J. O., C. S., 406.

perty is not a ground for dismissing the action against her "[1]. (Dans l'espèce le mari était en cause pour assister.) On est allé, croyons-nous, jusqu'à l'extrême limite, et peut-être trop loin, dans une cause décidée en 1901,[2] en jugeant qu'une femme commune poursuivant comme marchande publique, avec l'autorisation de son mari, peut, sur inscription en droit du défendeur, faire amender le bref pour mettre son mari personnellement en cause.

2° Des actions en recouvrement de dommages-intérêts résultant de délits ou quasi-délits

La femme commune en biens, autorisée de son mari ou par justice, peut-elle plaider à ces actions ?

256. Pour l'affirmative.—En 1886, la cour d'appel a décidé qu'une femme, mariée en Irlande, a une action en recouvrement de dommages résultant de calomnies, sans prouver séparation de biens[3]. En 1894, M. le juge Pagnuelo a décidé que la femme commune en biens assistée de son mari ou autorisée par justice, possède un droit d'action personnel pour protéger son honneur, cette action n'appartenant pas seulement au mari[4].

En 1889, M. le juge Mathieu a décidé que la femme commune en biens doit être poursuivie pour les dommages résultant de son délit ; qu'une femme commune en biens avec son époux peut se joindre à lui pour

(1) *Renaud* v *Brown*, 12 R. J. O., C. S., 237.

(2) *Pleau* v *Clément*, 3 R. de P., 406.

(3) *Waldron* v *White*, 3 M. L. R., Q. B., 375.

(4) *Brisebois* v *Simard*, 6 R. J. O., C. S., 381.

intenter une action en dommages pour des injures qui lui ont été dites [1].

En 1890, la cour d'appel a jugé que la femme commune a droit, contre le propriétaire, à l'action pour dommages résultant du mauvais état de la maison louée [2]. En 1892, M. le juge Andrews a décidé que sur refus du mari d'autoriser sa femme commune en biens à ester en justice pour poursuivre un tiers qui l'a assaillie, le juge peut alors accorder cette autorisation [3]. En 1893, la cour de revision (Casault, Routhier et Andrews, JJ.) a jugé que la femme commune en biens, autorisée par le juge en l'absence du mari, à ester en justice, peut porter en son nom l'action en recouvrement de dommages résultant de délits ou quasi-délits commis à son égard, quoique ces dommages soient à proprement parler une dette de la communauté [4]. Il s'agissait ici de propos diffamatoires. Voici comment M. le juge en chef formule son opinion. " Il y a cette différence entre une dette civile et la compensation pour dommages causés par délits et quasi-délits, que celle-ci est une espèce d'amende imposée au délinquant, et tandis que le jugement ne fait que constater l'existence des dettes civiles ordinaires, il crée et détermine celle résultant du délit ou du quasi-délit. Puis la femme, que l'absence de son mari prive de la protection qu'il doit à sa personne, doit, pour se protéger, avoir, avec l'autorisation du juge, le recours légal qu'elle a, avec la même autorisation, pour la protection de ses biens propres. C'est en cela que cette cause se distingue de celle de *Dassylva* v *Lizotte* ".

(1) *Bazinet* v *Roy*, 18 R. L., 295.

(2) *Elliott* v *Simmons*, 14 L. N., 114 et 20 R. L. 667.

(3) *Ex parte Lemieux*, 2 R. J. O., C. S., 404.

(4) *Turcotte* v *Nolet*, 4 R. J. O., C. S., 438.

En 1898, M. le juge Pagnuelo a décidé que la femme commune en biens, autorisée, peut intenter en son nom une action d'injures verbales et pour dommages résultant de voies de fait [1]. En 1900, M. le juge Lemieux a décidé que la femme commune peut poursuivre avec son mari le recouvrement de dommages qu'elle a soufferts personnellement [2].

257. Le 18 avril 1900, M. le juge Langelier a décidé que l'action en recouvrement de dommages résultant de procédures en interdiction est une action d'injure personnelle à la femme, qui ne tombe pas dans la communauté et qui peut être exercée par la femme autorisée [3].

Ce jugement a été cassé par la cour d'appel, qui a refusé de voir une différence entre les actions résultant d'un simple quasi-délit et les actions d'injure. Mais l'origine de l'action d'injure et les raisons pour lesquelles la femme commune doit pouvoir l'intenter sont si nettement exposées par le savant juge de première instance, que nous croyons une citation nécessaire.

" Il ne s'agit pas en cette cause, dit M. Langelier, de savoir si une femme peut exercer des actions personnelles et mobilières qui lui appartiennent, mais de savoir si une action comme celle dont il s'agit, et qui est certainement personnelle et mobilière, appartient à la femme. Le défendeur prétend qu'elle appartient à la communauté, et la demanderesse soutient qu'elle n'y tombe pas.

" D'abord, quelle est la nature de l'action de la de-

(1) *Gauthier* v *Robert*, 2 R. de P., 326 ; *Laurin* v *Desrochers*, 2 R. de P., 327.

(2) *Sullivan* v *Ville de Magog*, 18 R. J. O., C. S., 107.

(3) *Clermont* v *Sauriol*, 10 R. J. O., B. R., 295.

manderesse ? Sans doute, c'est une action en dommages, mais elle y demande deux espèces de dommages bien distinctes : $25.00 de dommages réels, et $975.00 de dommages exemplaires. C'est-à-dire, qu'elle a cumulé dans une même instance deux sortes d'actions : une action en dommages et une action d'injures. Notre procédure permet incontestablement cette manière de procéder, mais la réunion dans une même instance de deux actions distinctes n'empêche pas celles-ci de rester distinctes, et d'être soumises chacune aux principes qui la régissent.

" Maintenant, l'action en dommages et l'action d'injures sont-elles des actions distinctes ou sont-elles identiques ? Notre droit sur ces actions a sa source dans le droit romain. Or, si l'on examine le droit romain, on voit qu'elles y ont toujours été parfaitement distinctes. L'action d'injures existait déjà du temps de la loi des douze tables ; l'action en dommages n'a été introduite que bien longtemps après, par la loi Aquilia. Ces deux actions forment l'objet de chapitres distincts dans les Institutes de Justinien et dans toutes les autres compilations de droit romain, (voir Ins. de Jus., livre IV, titres III et IV). Même dans les derniers temps du droit romain, alors que l'action de la loi Aquilia avait été étendue, les deux actions étaient restées parfaitement distinctes. Ce qui donne naissance à l'action de la loi Aquilia, c'est un acte illégal, cause du dommage, *damnum injuria datum*, c'est-à-dire un acte qui fait perdre quelque chose à celui qui en est victime, ou qui l'empêche de gagner quelque chose, en un mot, un acte qui diminue ses biens ou les empêche d'augmenter en valeur, L'action en dommages a pour objet d'obtenir une indemnité qui remette la victime au point de vue de ses biens, au point de vue pécuniaire, comme elle était avant le fait illégal dont

elle se plaint. L'action en dommages constitue donc évidemment un bien pour celui auquel elle appartient ; comme elle tend à une somme d'argent, elle constitue un bien mobilier, et si celui auquel elle appartient est en communauté de biens, elle tombe dans sa communauté.

"Quelle est, au contraire, l'essence de l'action d'injures ? Elle a pour cause un fait qui, sans diminuer les biens de celui qui en est la victime, sans l'empêcher d'augmenter les biens qu'il a déjà, le blesse dans le respect qu'il a pour lui-même, l'outrage, et diminue la considération dont il jouissait. De là vient le nom de *contumelia* qu'on donnait à l'injure, du mot *contemnere*, parce qu'elle est de nature à attirer le mépris sur celui qui en est la victime, et qu'elle implique sur celui qui s'en rend coupable du mépris pour sa victime.

" La répression de l'injure se ressentait de ce caractère : à l'origine, elle consistait dans la peine du talion pour le cas où l'injure avait été assez loin pour entraîner la fracture d'un membre. Plus tard, les préteurs ont permis à l'injurié d'estimer en argent la punition qui devait être infligée au coupable.

" Mais, comme on le voit, c'était toujours une pénalité contre le coupable que l'action d'injure avait pour objet d'obtenir. Dans tous les textes de droit romain, elle est traitée comme une action pénale. Même après que la répression du délit d'injure a consisté dans la condamnation à payer une somme d'argent, jamais il n'est entré dans l'esprit des jurisconsultes romains de considérer cette somme d'argent comme une indemnité pour le dommage causé par l'injure ; ils la considéraient comme une espèce d'amende infligée au coupable pour le punir, et donnée à la victime de l'injure comme une espèce de *solatium*.

" C'est parce que l'action d'injure était ainsi considérée qu'on estimait qu'elle devait s'éteindre par le pardon de l'injure, et qu'elle ne devait pas passer aux héritiers de la victime, ni contre les héritiers du coupable.

" Pour employer une autre expression du droit romain, l'action en dommages a toujours été considérée comme une action *rei persequendæ gratia comparata* ; l'action d'injure, au contraire, est une action *pœnæ persequendæ gratia comparata,* (voir Inst. de Just, livre IV, titre VI, parg. 16, 17, 18 et 19).

" Ces principes du droit romain ont toujours été suivis dans notre ancien droit, comme on peut s'en convaincre en parcourant le Traité des Injures, de Darreau, qui a toujours été considéré comme classique sur la matière.

" Avec cette distinction, il est facile de résoudre la question qui se présente en cette cause. L'action d'injures, au moment où elle prend naissance, n'est pas un bien. Elle peut n'aboutir qu'à une condamnation aux dépens, ou à une condamnation à faire réparation d'honneur à l'injurié par la publication du jugement aux dépens du coupable. Quel bien pourrait-on dire alors que la victime avait dans son patrimoine ? L'action n'a donc pu tomber dans sa communauté de biens.

" Il y a une autre raison qui montre qu'elle n'a pu y tomber : une femme commune ne peut rien faire sortir de la communauté ; cependant, si c'est elle qui a été injuriée, elle peut mettre fin à l'action d'injures par le pardon de l'injure.

" Ce n'est que si, par le jugement, celui qui a commis une injure est condamné à payer une peine pécuniaire à sa victime, que l'action se convertit en une somme

d'argent qui peut tomber dans la communauté de celle-ci .... Cette action ne constituait donc pas un bien, ni lorsqu'elle a pris naissance, ni lorsqu'elle a été intentée. Elle n'en deviendra un que si, par le jugement du tribunal, la demanderesse obtient une somme d'argent. Alors cette somme d'argent tombera dans sa communauté. Son action a donc été bien intentée quant à cette somme. Si, même en ce moment, elle venait devant le tribunal, et déclarait qu'elle pardonne au défendeur, l'action tomberait et jamais la communauté entre elle et son mari n'aurait eu aucun droit. " [1]

L'année suivante (1901), le 12 mars, M. le juge Pelletier, sur une action intentée par une femme commune, en recouvrement de dommages-intérêts lui résultant d'un assaut, commis en présence de son mari qui aurait refusé de la protéger, a décidé : " La femme mariée commune en biens autorisée de justice sur le refus de son mari, peut instituer une action en son nom seul pour protéger sa personne et son honneur contre des actes de violence dont elle a été la victime. Quoique l'indemnité qu'elle obtient puisse tomber dans la communauté, il faut avant tout considérer le principe de l'action qui a un caractère propre à sa personne et à son honneur, qu'elle a droit de protéger même malgré son époux " [2].

" Le mari, a dit le savant juge, doit protection à la personne de sa femme et à ses biens. Or il est de règle qu'en fait de conservation des biens propres de la femme, si le mari refuse d'agir, la femme autorisée de justice peut intervenir suivant la doctrine de Dumou-

(1) Ce jugement a été cassé par la cour d'appel, le 27 décembre 1900, 10 R. J. O., B. R., 294.

(2) *Baker* v *Gingras*, 20 R. J. O., C. S., p. 85.

lin ; *Potest tamen uxor intervenire etiam invito marito, autoritata a judice in propriis suis ne colludatur.* Si elle a droit d'intervenir pour la conservation de ses biens propres, à plus forte raison le peut-elle lorsqu'il s'agit de sa personne et de son honneur qui ne sont pas absorbés dans la communauté..... Voici ce que dit Baudry-Lacantinerie sur ce sujet (Contrat de mariage, p. 567). " La personne de l'épouse n'est pas absorbée par la communauté..... Il faut attendre la décision et le résultat de l'action pour savoir si l'indemnité appartient ou non à la communauté ; il faut dire avec la cour de Poitiers : Pour savoir si la femme a personnellement le droit d'agir, il faut voir non le résultat mais le principe de l'action. Il serait singulier d'ailleurs que le code civil eût en ces matières augmenté les pouvoirs du mari et enlevé à la femme la qualité que lui reconnaissait l'ancien droit de figurer comme demanderesse dans les instances en dommages-intérêts fondées sur les délits dont elle avait été la victime. Merlin nous apprend que la seule question discutée jadis était celle de savoir si la femme avait ou non besoin d'être autorisée ".

" La femme autorisée de justice n'intente donc pas nécessairement une action de la communauté en citant son agresseur ou son insulteur, elle ne fait que se protéger, et son mari, chef de la communauté, ne peut se plaindre qu'elle compromet les biens de la communauté puisqu'elle ne les engage en rien, car il ne l'assiste pas ; il refuse même de l'assister.....

" Le mari doit protection à sa femme et s'il refuse de l'assister celle-ci autorisée de justice doit avoir, pour protéger sa personne et son honneur, le même recours légal qu'elle a pour la protection de ses biens propres,

le droit d'ester en justice pour faire valoir ses droits en autant qu'ils sont lésés.

" En définitive, je dis qu'il faut distinguer entre les biens des époux qui tombent dans la communauté nécessairement, v. g. le fruit de leur travail, les torts occasionnés par des pertes de temps, &c., et les biens qui leur sont personnels, v. g. leur honneur, leur personne etc., et je crois que quand il s'agit de la revendication de leur honneur chacun d'eux peut agir en justice, sur le refus de l'autre, que telle est la loi suivie par la jurisprudence. "

258. Pour la négative. — En 1885, M. le juge Andrews a décidé qu'une femme commune n'a pas d'action en dommages pour injures verbales [1]. En 1895, M. le juge Taschereau a décidé que la femme commune ne peut intenter en son nom une action pour *libelle*; cette action appartient à la communauté et doit être prise au nom du mari, la présence même du mari au procès pour assister sa femme ou l'autorisation judiciaire ne suffisent pas à ces fins [2]. En 1899, M. le juge Archibald a décidé que le mari seul peut intenter une action résultant de blessures causées à sa femme commune en biens [3].

En 1899, M. le juge Doherty a décidé: The mother who is not tutrix has no quality to sue for damages alleged to have been suffered by her minor son. When husband and wife are common as to property the action for damages suffered by their minor son, or for injury to the feelings of the wife by the ill-treatment of her child, pertains exclusively to the husband as head of

(1) *Vermette* v *Genest*, 11 Q. L. R., 376.

(2) *Noel* v *Berthiaume*, 8 R. J. O., C. S., 319.

(3) *Trudeau* v *Semple*, 2 R. de P., 296.

the community. The authorization of the wife by the judge to sue, merely replaces the authorization of the husband (who is absent) and does not confer on her a right of action which by law belongs exclusively to the husband as head of the community [1].

En juin 1900, M. le juge Langelier a décidé que : une femme mariée commune en biens ne peut intenter en son nom une action en dommages résultant d'un accident où son enfant né d'un mariage antérieur aurait perdu la vie ; cette action constitue un bien mobilier qui tombe dans la communauté et que le second mari, administrateur des biens de la communauté, peut seul intenter [2].

En 1901, le même savant juge a décidé que, lorsque les dommages réclamés constituent un bien de la communauté, le mari seul a le droit d'en poursuivre le recouvrement [3]. Il s'agissait dans l'espèce de blessures causées à la demanderesse par une avalanche de neige. Le mari et la femme étaient codemandeurs.

Enfin en 1901, M. le juge Lynch a décidé, sur une action en dommages pour injures verbales intentée par une femme commune en biens, que le mari seul peut intenter cette action et que le moyen doit être invoqué par inscription en droit et non par exception à la forme [4]. Et dans la même cause, le même juge a décidé que le mari ne peut se pourvoir par requête civile, contre un jugement renvoyant l'action de sa femme, vu son incapacité, laquelle n'a été invoquée qu'à la plaidoirie orale [5].

(1) *Carrières* v *De la Court*, 16 R. J. O., C. S., 207.

(2) *Lefebvre* v *Dominion Wire Manufacturing Co.*, 3 R. de P., 224.

(3) *Lapierre* v *Larue*, 7 R. de J., 199.

(4) *Goyette* v *Brunelle*, 3 R. de P., 464.

(5) 3 R. de P., 417

259. Il nous reste à examiner une cause qui, en passant par toutes les cours de juridiction supérieure du pays, a donné lieu à trois arrêts d'une très grande importance, qui fixent, dans la pratique du moins, notre jurisprudence sur la matière.

Cette cause est celle de *McFarren et vir* v *The Montreal Park and Island Ry. Co.* [1]

Il s'agissait d'une action intentée par une femme, avec l'autorisation de son mari, en recouvrement de dommages-intérêts résultant de blessures causées à la demanderesse dans une collision entre sa voiture et le char d'une compagnie de chemin de fer. Il n'apparaissait pas dans la description de la demanderesse qu'elle fût commune ou séparée de biens. Le jury devant qui la cause fut instruite rendit un verdict accordant six mille piastres de dommages, et le juge qui présidait au procès donna jugement en faveur de la femme demanderesse pour ce montant.

La compagnie défenderesse inscrivit en revision, et invoqua, pour la première fois, devant cette cour, le moyen que la femme, n'alléguant pas séparation de biens, devait être présumée mariée sous le régime de la communauté et que partant, son action n'était pas fondée en droit.

La cour de revision, composée de MM. les juges Taschereau, Gill et Doherty, le 31 janvier 1899, a maintenu la prétention de la compagnie défenderesse, annulé le verdict et cassé le jugement de première instance, décidant :

(1) Le jugement de la cour de revision est rapporté au 2 R. de P., 14 et au 15 R. J. O., C. S., 390 ; celui de la cour d'appel, au 3 R. de P., 1 et au 9 R. J. O., B. R., 367 ; celui de la cour suprême, au 30 S. C. R. p. 410.

" Que la femme qui n'allègue et ne prouve pas qu'elle est séparée de biens ne peut intenter, même avec l'autorisation de son mari, une action en dommages-intérêts pour accident, cette action appartenant au mari seul." Inscription en appel par la femme demanderesse.

La cour d'appel (Sir Alexandre Lacoste, J. C., Bossé, Blanchet, Hall et Ouimet, JJ.) confirma à l'unanimité, le 20 janvier 1900, ce jugement de la cour de revision [1]. Nous citons le *jugé* de la cour et une partie des notes de M. le juge en chef et de M. le juge Bossé.

Jugé : Que sous le régime de la communauté, l'action en dommages-intérêts à raison d'un quasi-délit dont la femme est la victime, est une action mobilière, et que la créance née de ce quasi-délit tombe dans la communauté ; que le mari a seul qualité pour exercer une telle action, et que la femme, même autorisée de son mari, ne peut le faire.

" Il est constant, a dit M. le juge en chef Lacoste, que l'action de la femme pour dommages causés à sa personne par le délit ou le quasi-délit d'un tiers appartient à la communauté et que les dommages recouvrés tombent dans la communauté. Nos cours ont consacré en mainte circonstance, soit avant soit depuis notre code, le principe que le mari seul peut exercer les actions de la femme qui tombent dans la communauté. Il semble cependant avoir été fait une distinction entre les actions de la femme provenant de contrats ou quasi-contrats et celles qui proviennent de délits ou quasi-délits. Le

(1) Le dissentiment de MM. les juges Bossé et Hall portait sur deux autres points.

motif de cette distinction est donné par M. le juge Casault dans *Turcotte* v *Nolet*.... Même en admettant que cette doctrine fût vraie, elle n'expliquerait pas pourquoi la femme pourrait poursuivre dans ces cas. Peu importe l'origine de la créance, la cause de l'action, dès qu'elle appartient à la communauté le mari seul a le droit d'exercer cette action. Là où la loi ne fait pas de distinction, les cours ne peuvent en faire. Mais de plus la doctrine énoncée me paraît erronée. L'obligation provenant d'un délit ou d'un quasi-délit est, tout comme celle provenant d'un contrat, une obligation civile (article 983 C. C.). Les dommages sont la réparation d'un tort, tout comme en matière de contrat, tandis que l'amende est une pénalité. Dans les poursuites sur délits ou quasi-délits, le jugement ne crée pas la dette, il ne fait, comme dans le cas des autres obligations, que la constater et lui donner effet.... Certains auteurs français sont d'opinion que la femme peut poursuivre seule la réparation civile d'un délit, mais aucun, que je connaisse, ne lui reconnaît ce pouvoir en matière de quasi-délit. Leur opinion est basée sur le texte de quelques coutumes comme celle d'Orléans, par exemple, qui permettait à la femme mariée de poursuivre en jugement sans son mari l'injure dite et faite à elle (Article 200).... L'ancien droit n'est pas pour nous le droit varié de toute l'ancienne France, mais celui de la Coutume de Paris qui n'a pas de disposition semblable à celle de la Coutume d'Orléans.

"On nous a dit que certaines actions étaient tellement inhérentes à la personne de la femme, qu'on ne pouvait pas les séparer de la femme, comme dans les cas où l'honneur de la femme est en jeu. Il faut distinguer la réparation civile d'avec la réparation devant une cour criminelle. La femme peut toujours poursuivre son calomniateur devant les assises. La répara-

tion civile est une affaire d'administration que le mari peut juger opportune ou inopportune, suivant les circonstances. Par exemple, si le coupable est insolvable, si la preuve est douteuse, il peut en arriver à la conclusion que l'action serait contre l'intérêt de la communauté.

"Nous sommes donc d'opinion que la femme mariée commune en biens, même autorisée par son mari, ne peut poursuivre la réparation civile d'un délit et surtout d'un quasi-délit."

M. le juge Bossé ajoute :

"Dans cette communauté légale tombent toutes les actions personnelles des époux, quelle que soit d'ailleurs l'origine de ces actions. On retrouve bien quelques décisions, en France, qui, en raison de la nature exclusivement personnelle de la créance réclamée par la femme commune, ont reconnu son droit à porter l'action.

"Ici, il paraît également y avoir eu quelques hésitations à ce sujet.

"L'on pourrait peut-être hésiter, si l'action était pour réparation de torts faits à la femme et dans lesquels le mari ne pourrait être considéré comme intéressé, mais je ne puis guère concevoir un tel état de choses, et le principe que la créance mobilière tombe dans la communauté me paraît devoir être appliqué sans exception. Et sauf quelques rares jugements dont je viens de parler, la jurisprudence est dans ce sens.

"Cela étant, il s'en suit que le mari seul dispose des biens de la communauté et des créances qui y sont tombées, et que lui seul a l'action.

"La personnalité de la femme disparaît devant la nature de la créance, quelqu'individuelle que soit la cause de cette créance".

La cour suprême à laquelle la cause fut soumise, a, par jugement du 12 juin 1900, confirmé cette opinion. MM. les juges Strong, Taschereau, Gwynne, Sedgewick et Girouard, qui composaient ce tribunal, ont jugé: " That the right of action for damages for personal injuries sustained by a married woman, *commune en biens*, belongs exclusively to her husband and she cannot sue for the recovery of such damages in her own name, even with the authorization of her husband".

" An attempt has been made, a dit M. le juge Taschereau, to distinguish between an ordinary debt and the damages resulting from a tort on the ground that the former exists before the judgment, and the latter are created by the judgment. But that is a fallacy which has received no countenance in the courts below, and rightly so. The amount of the sum due for a tort under article 1053 C. C. is only established by the judgment, but the liability for it exists from the date of the act that caused it ; so much so, that it is from that date that the prescription runs. It is a debt due from the date of the tortious act. "

A cet arrêt, il faut ajouter celui de la cour d'appel cassant le jugement de M. le juge Langelier [1]. Il s'agissait, dans cette cause, d'une action d'injure, par conséquent d'un cas différent du précédent. La cour d'appel, sans admettre cette distinction, a disposé comme suit de la décision élaborée de M. Langelier :

(1) *Sauriol* v *Clermont*, 10 R. J. O., B. R., 294, 27 décembre 1900.

" Considérant que la demanderesse réclamait du dufendeur une somme de mille piastres pour dommages que lui aurait causés le défendeur dans son honneur, sa réputation et ses biens ;

" Considérant que les dommages ainsi réclamés par la demanderesse constituent une créance mobilière qui tombe dans la communauté ;

" Considérant que l'action intentée pour réclamer telle créance appartient au chef de la communauté ;

" Considérant que la demanderesse n'avait pas qualité pour intenter la dite action, &c."

260. Une question de procédure, sur laquelle notre jurisprudence était aussi indécise, a été réglée dans la cause de *McFarren*. C'est celle de savoir quand et comment il faut invoquer l'inhabilité de la femme commune qui poursuit pour une créance due à la communauté.

La demanderesse se décrivait comme suit : " Sarah McFarren, of the city of Montreal, wife of E. M. Fulton, of the same place, manufacturer, and the said E. M. Fulton, for the purpose of authorizing his said wife herein ". La défenderesse ne fit aucune objection, en cour de première instance, à l'insuffisance de cette description. Mais, devant la cour de revision, elle souleva le moyen que la femme ainsi décrite devait être présumée commune en biens et qu'elle poursuivait en recouvrement d'une dette qui pouvait être due non pas à elle mais à la communauté. On prétendit, pour la demande, que ce moyen ne pouvait plus être invoqué après un premier jugement.

La cour de revision a alors jugé : " Qu'en effet la

femme devait être présumée commune en biens, et que son action, manquant complètement de base, le verdict du jury en sa faveur pouvait être annulé en revision, même si cette question d'incapacité n'avait pas été soulevée en première instance".

Sur ce point, la cour d'appel s'est divisée. La majorité a décidé que la cour de revision n'aurait pas dû renvoyer l'action sur l'insuffisance de la demande se rapportant à la capacité de la femme. " Après tout, a dit M. le juge en chef Lacoste, il n'est pas allégué et il n'y a pas de preuve que l'appelante soit commune en biens avec son mari. Nous ne pouvons pas dire qu'elle l'est. La cour de revision s'appuie sur une présomption... Le fait que l'intimée ayant comparu dans la cause ne s'est pas plainte de l'incapacité de l'appelante, détruisait la présomption de la qualité de femme commune, chez cette dernière, suivant les articles 119, 144, 212 de l'ancien code de procédure, encore en vigueur lors du rapport du bref."

M. le juge Bossé [1] n'a pas voulu suivre l'opinion de ses collègues, et il a jugé : " Que la nullité résultant du fait qu'une action a été prise par la femme et non par le mari seul ou conjointement avec sa femme, est une nullité radicale, qui peut, sous l'ancien comme sous le nouveau code de procédure, être proposée en tout état de cause, et même pour la première fois en appel."

" D'après l'article 1260 C. C., ajoute-t-il, la communauté de biens est la règle générale, la séparation de biens est l'exception, et à défaut d'allégation de cette exception, la communauté de biens est légalement

(1) Ses notes sont rapportées au 3 R. de P., 111.

présumée exister entre la demanderesse et son mari. Et l'on ne saurait dire qu'en raison de l'absence d'un plaidoyer spécial de dénégation ou de l'affirmation de l'existence de la séparation de biens, il puisse résulter la présomption qu'elle est séparée de biens.

" Dans ces conditions, le droit d'action n'existe pas pour la femme, et l'on ne saurait dire que, parce que l'objection n'a pas été prise préliminairement ou affirmativement plaidée, la femme ait pu devenir propriétaire de ce qui au moment de l'action ne lui appartenait pas."

C'est cette opinion que la cour suprême a adoptée, très raisonnablement suivant nous. Elle a, en conséquence, rejeté le motif du jugement de la majorité de la cour d'appel et rétabli celui de la cour de revision, en décidant : " Where it appears upon the face of the writ of summons and statement of claim that the plaintiff has no right of action, it is not necessary that objection should be taken by *exception à la forme.* Absolute want of legal right of action may be invoked by a defendant, at any stage of the suit ".

---

261. Il n'est pas sans intérêt de remarquer que la question de savoir si, suivant les principes de notre droit, il faut considérer l'action d'injure comme personnelle à la femme, ou comme un bien de la communauté, a été résolue dans une cause où elle n'était pas posée.

L'arrêt de la cour de revision, dans la cause de *Turcotte* v *Nolet*, en sanctionnant le droit de la femme commune en biens d'intenter cette action, confirmait plu-

sieurs décisions de différents juges et s'appuyait sur des précédents créés par la cour d'appel elle-même. Cet arrêt a fait jurisprudence jusqu'en 1900.

C'est en allant au-delà de ce qu'on leur demandait que la cour d'appel et la cour suprême, dans la cause de *McFarren*, ont changé cette jurisprudence. Il est vrai que, plus tard, dans la cause de *Clermont* v *Sauriol*, le point a été directement soumis à l'examen de la cour d'appel, mais cette cour s'est alors contentée de suivre le principe qu'elle avait affirmé dans la première cause, où il n'y avait pas lieu de l'appliquer.

En résumé, il faut dire que, suivant le dernier état de notre jurisprudence, la femme commune en biens ne peut plaider seule, même avec l'autorisation de son mari ou de justice, dans aucune action qui ne concerne pas exclusivement ses propres ; qu'elle ne peut pas intenter une action en recouvrement de dommages-intérêts résultant de quasi-délits, ou de délits contre ses biens.

Quant au droit d'ester en justice comme demanderesse dans une action fondée sur un " délit-injure ", est-il donc absolument refusé à la femme commune en biens ? Il est encore possible de douter.

D'une part, il y a les raisons données par M. le juge Langelier, auxquelles on a négligé de répondre péremptoirement ; puis le jugement de M. le juge Pelletier subséquent à ceux de la cour d'appel, et enfin l'autorité de M. Mignault, qui, dans le rapport de la cause *Baker* v *Gingras*, dit expressément que " la question reste ouverte ", au moins pour le cas exceptionnel où le mari est complice.

D'autre part, il résulte, suivant nous, du jugement de

la cour d'appel, dans la cause de *Sauriol* v *Clermont*, et de l'opinion exprimée dans celle de *McFarren*, par MM. les juges Lacoste, Bossé et Ouimet, et, en cour suprême, par M. le juge Taschereau, que nos deux plus hautes cours de justice refuseront, dans tous les cas, l'action d'injure à la femme commune en biens.

262. C'est dans le droit romain que l'on trouve d'abord sanctionné le principe de la distinction à faire entre l'action pour dommages-intérêts ordinaire et l'action d'injure. L'ancien droit et le droit français moderne n'ont pas voulu que la femme perdît, en se mariant sous le régime de la communauté, le droit de plaider pour la revendication de son honneur, ce bien le plus sacré et assurément le plus personnel. On s'est gardé de faire dépendre de la seule volonté du mari, l'inviolabilité de la personne ou de la réputation de la femme ; les coutumes françaises, en donnant à l'époux l'autorité et le nom de " seigneur et maître " de la communauté, n'ont pas entendu ravir à l'épouse la faculté de demander aux tribunaux civils une protection que son mari lui refusait.

Y a-t-il, dans notre code, un texte clair qui nous ait fait retourner aux temps sombres où la femme n'était que la chose du mari ? et qui oblige nos juges à se déclarer impuissants, pour l'incroyable raison qu'une somme d'argent pouvant compenser le déshonneur d'une femme, le mari acquiert, par le mariage sous le régime de communauté, le droit exclusif de revendiquer ou d'abandonner cette partie du patrimoine de sa femme ? Comme on l'a dit, il serait singulier que le code civil eût en cette matière augmenté les pouvoirs du mari et enlevé à la femme la qualité que lui reconnaissait l'ancien droit, de traduire elle-même son insulteur devant les tribunaux civils.

Si l'on refuse de voir, dans cette doctrine, l'ancien droit qui est devenu le nôtre, ne nous est-il pas permis, en l'absence d'une disposition de notre code au contraire, de marcher, suivant les principes de la raison écrite, avec une bannière à nous ? La cour d'appel prétend que non, aujourd'hui. Elle s'est cependant laissé guider par un principe différent en 1886 et en 1890. Quelle sera sa réponse dans dix ans ?..

FIN

Vu par le Doyen de la Faculté,
F. LANGELIER.

PERMIS D'IMPRIMER.
Le Recteur,
O.-E. MATHIEU, F TRE.

PROPOSITIONS

La prohibition d'aliéner entraîne l'insaisissabilité des biens donnés, sauf dans le cas où elle est faite à titre de substitution.

La signification de volonté requise, dans le cas de l'article 1029 du code civil, pour rendre irrévocable la stipulation contenue, dans une donation, au profit d'un autre que le donataire, peut être faite efficacement par les héritiers de ce tiers aux héritiers du stipulant.

Dans le droit romain classique, on pouvait plaider au nom d'un tiers, sans que ce tiers fût un mandataire légal.

Le mari n'acquérait pas de puissance maritale, sur sa femme *sui juris*, par le fait seul du mariage.

Il ne faut pas toujours conclure, de la solidarité, prononcée par le jugement, quant à l'obligation principale, à la solidarité de l'obligation de payer les frais.

Dans le cas de l'article 314 du code de procédure, § 4, pour que le témoignage du conjoint soit admis, il faut prouver autrement que par son propre serment, le fait qu'il a administré, comme agent, les biens de l'époux en cause.

Le créancier en faveur de qui la police d'assurance est payable est lié par les conditions de la police et par la contravention qu'y peut faire l'assuré.

Une lettre de change ne lie pas l'accepteur qui l'a signée par erreur, même envers le tiers détenteur de bonne foi.

Les lois pour la prohibition absolue de la vente des boissons enivrantes sont, en principe, exclusivement de la compétence du parlement fédéral. Un arrêt du conseil privé a, cependant, décidé le contraire.

Une corporation municipale ne peut emprunter que par règlement. La jurisprudence admet cependant un autre mode d'emprunt.

Celui qui est attaqué, même sans provocation, n'est pas toujours justifiable d'opposer la violence à la violence, au même degré dans la défense que dans l'attaque.

L'indépendance du pavillon neutre, en pleine mer, n'est pas absolue : le vaisseau neutre est soumis au droit de visite.

ARRÊTS CITÉS

Abréviations

D. C. A., ... Décisions de la cour d'appel.
L. C. J , ... Lower Canada Jurist.
L. C. L. J., ... Lower Canada Law Journal.
L. C. R., ... Lower Canada Reports.
L. N , ... Legal News.
M. C. R., ... Montreal Condensed Reports.
M. L. R., S. C., ... Montreal Law Reports, Superior Court.
M. L. R., Q. B., ... Montreal Law Reports, Queen's Bench.
Q. L. R., ... Quebec Law Reports.
R. A. C., ... Ramsay's Appeal Cases.
R. C., ... Revue Critique.
R. de J., ... Revue de Jurisprudence.
R. de L., ... Revue de Législation.
R. de P., ... Rapports de Pratique de Québec.
R. J. O., C. S., ... Rapports judiciaires officiels, cour supérieure.
R. J. O., B. R., ... Rapports judiciaires officiels, cour du banc du roi.
R. J. R., *ou* R. J. R. Q., ... Rapports judiciaires revisés.
R. L., ... Revue Légale.
R. L., n. s., ... Revue Légale, nouvelle série.
S. C. R., ... Supreme Court Reports.

	Page		Page
Adam v Languerand	123	Allan v Collman	82
Aitkin v Galbraith	151	Allard v Wilcot	91

PAGE

Allsopp v Huot..... 20
Anchor v Marine Ins. Co. 22
Antayer v Dorge 192
Ascher v Douglas..... 80
Asselin v Leclerc 146
Audette v Hébert 17
Auger v Dionne 123

Badeau v Brault..... 170
Baker v Gingras..... 259
Ball v Lambe..... 44
Banque Hochelaga v Banque Cantons Est..... 38
Banque Ville-Marie v Rocher..... 36
Barker v Central Vermont Ry & Harp..... 81
Barrette v Bourbonnière. 121
Barrette v Comm. écoles St-Colomban..... 58
Barrette v Lallier & Major. 113
Bauron v Davies..... 82
Bazinet v Roy..... 254
Beauchamp v Beauchamp & Gibut..... 176
Beauchamp v Gourde.... 149
Beaudet v Bédard.....97-105
Beaudry v Starnes..... 120
Bédard v Letendre....106-109
Béland v Bédard..... 23
Bélanger v Giguère 124
Bélanger v Talbot .149-174-250
Bellehumeur v Bellehumeur & McConville.... 27
Benoit v Ouimet..... 35
Bertrand v Pouliot..... 251
Bessener v De Beaujeu... 111
Bilodeau v Tremblay..... 118
Blumhart v Boulé..... 176
Bolduc v Caillé..... 132
Bonneau v Laterreur..... 198
Bouchard v Bastien..... 138
Bouchard v Charette..... 121
Boucher v Girard..... 98
Bourget v DeChamplain.. 201
Bousquet v Rousseau.... 102
Breault v Wadleigh..... 82
Brisebois v Simard. 253

PAGE

Brousseau v Bédard..... 123
Brousseau v Déchêne 211
Brown v Corporation de Montréal..... 55
Brown v Pinsonnault..... 47
Browning v Gale..... 94
Browning v Provincial Ins. Co. 22
Burland v Moffatt..... 47
Burn v Fontaine..... 131

Caisse Générale (La) v Dupuis..... 55
Cameron v Steele..... 118
Campetti v Mayer..... 97
Canada Shipping Co. v Hudon Cotton Co.....21, 22
Cantin v Pelletier..... 99
Caron v Clarke..... 214
Caron v Kavanagh..... 211
Cartier v Laviolette..... 24
Carrières v De la Court... 262
Cary v Ryland..... 175
Casgrain v Cie Carrosserie. 25
Casgrain v Mallette . .127-129
Castonguay v Castonguay. 34
Catelli v Ferland..... 175
Chalifoux v Thouin..... 101
Chalmers v Northwest Shoe Co..... 209
Chevalt v De Chantal.... 46
Cholet v Duplessis..... 171
Cie Cassidy v Legouffe... 95
City Bank v Lafleur..... 94
Clément v Francis..... 140
Clément v Geer..... 50
Clermont v Sauriol.255,259,267
Cloutier v Cloutier..... 129
Commissaires d'école des SS. Anges v St. Hilaire. 62
Common v McCaskill 40
Comte v Lagacé..... 250
Connecticut P. R. Co. v Cumstock..... 83
Cooper v McDougall..... 98
Coran v Sylvain..... 91
Corporation de Jerusalem v Quinn 59

PAGE

Corporation Portuguese Jews v David & Holmes 37
Corporation épiscopale de Sherbrooke v McCarry. 62
Corporation de Ste-Marguerite v Migneron.... 58
Corse v Drummond..... 48
Coupal v Bonneau..... 117
Crédit Foncier v Dufresne.....225, 228, 232
Crémazie v Cauchon.... 22
Crépault v Julien..... 114
Curé (les) etc. de Ste-Anne de Varennes v Choquette 60
Curé etc., de Verchères v Corporation de Verchères 60
Cutting v Jordan 109

Dansereau v Keller..... 21
Dassylva v Lizotte.. .. 225-250
Davidson v Crean..... 51
Demers v Dufresne.. .200 232
DeLery v Campbell 50
DeRouville v Commercial Bank 170
Desjardins v Chrétien ... 196
Desjardins v Masson..... 51
Desmarteaux v Baillie... 169
Desmarteaux v Viau 41
D'Estimauville v Tousignant 139-150
Dolbec v Ste-Marie..... 214
Dombrowski v Lefaivre... 41
Donais v Côté..... 94
Donohue v Donohue..... 249
Dougall v Brun..... 48
Doutre v Dansereau..... 21
Dowker v Lynn..... 44
Dudevoir v Archambault. 171
Duff v Barbeau..... 39
Dufour v Tremblay..... 131
Duncan v Foy..... 199
Dunfy & *vir* v Kelly..... 238
Duval v Anctil..... 251

Elliot v Simmons..... 254
Emery v Martel..... 237
Ennaus v Desmarais 252

PAGE

Faulkner v Faulkner..... 179
Fletcher v Gatignan..... 121
Forestiers catholiques v St-Martin 62
Fourquin *Ex parte* 142
Francis v Rhine..... 50
Fraser v O'Gilvie..... 171
Freygang v Daveluy..... 39
Frigon v Côté..... 250
Fysché v Thornbyll..... 82

Gagné v Forgues 238
Gagnon v Beauchamp.... 43
Gagnon v Commissaires d'écoles de St-Janvier. 58
Gagnon v Sylva dit Portugais 128
Gagnon v Proulx 42
Gagnon v Robert..... 37
Galarneau v Bertrand.... 131
Gallagher v McEnroe.... 114
Garant v Proulx..... 59
Garaud v Denis 104
Gariépy v Rochette..... 17
Gauthier v Boudreau 34
Gauthier v Robert..... 255
Giguère v Sauvé..... 187
Giles v Giroux 20
Giles v Jacques 81
Giroux v Fabrique de Beauport 61
Giroux v Giroux..... 251
Giroux v Hébert 118
Goyette v Brunelle..... 262
Gravel v La commission scolaire du Château-Richer 96
Gray v Quebec Bank..... 50
Green v Mappin 143, 147
Greenshields v Aitken.. 82
Grenache v Perreault.... 126
Grothé v Maisonneuve... 176
Guay v Durand 213
Guay v Pelletier 170
Guilmartin v Talbot 239
Guy v Dagenais 169

Hades v Edmunson..... 122
Hains v Vineberg 44
Hamilton v Plenderleath. 49

PAGE

Hébert v Ménard..... 131
Heppel v Billy. 145, 194
Hoffman v Lawrence 222
Homier v Marcoux 175
Hood v Bank of Toronto 15
Hotel-Dieu v Dénéchaud . 58
Hovey v Nolin..... 166
Hudon v Hudon..... 49

Inglis v O'Connor. 252
Institut Canadien (l') v Le Nouveau-Monde.. .. 55

Johnson v Aylmer. 49
Johnson v Sharswood.... 27
Jones v Dickinson..... 83
Joseph v McDonald..... 252

Kavanagh v Norwich Union..... 86
Kent v Blandy 39
Kent v Gravel..... 42
Kent v Ross..... 43
Kent v Sœurs de Charité 40
Kingsborough v Pownd... 118
Labelle v Patrie..... 21
Labrecque v Drouin..... 195
Laforce v Cité de Sorel.... 112
Lafrance v Blain..... 91
Lalonde v Legault.....21, 26
Lamarche v Pauzé..... 36
Lamontagne v Lamontagne.....176, 193, 197, 208
Lapierre v LaRue..... 262
Lapointe v Gibb..... 49
Larocque v Frampton County Bank..... 83
LaRue v Brault 217
Laurent v Armitage..... 176
Laurin v Desrochers..... 255
Lawless v Chamberlain... 131
Leclaire v Huot..... 52
Leclaire v Robert..... 189
L'Ecuyer v Felx 98
Lees v Scott..... 107
Lefebvre v Dominion Wire Mfg. Co..... 262
Lefort v Desmarais..... 17

PAGE

Lefort, *Ex parte*..... 58
Legault v Périard 209, 228
Lemieux, *Ex parte* ...216, 254
Lemieux v Forçade..... 222
Lepage v Monier..... 33
Le Pesant de Boisguilbert v Fletcher..... 85
Leroux v De Beaujeu.... 143
Leveillé v Laliberté..... 137
Lussier v Archambault.. 210
Lynch v Poole..... 187

Mackill v Morgan... 21
Major v Léger 192
Mallet v Sahara..... 252
Marcotte v Turcot..... 61
Marmen v Brown..... 198
Martel v Tanguay. 166
Mastracula v Ryan 91
Mathieu v Letourneau.... 117
May v Fournier..... 47
McCormick v Buchanan.. 213
McDonald v McLean..... 237
McDonald v Vineberg. .. 173
McFarren v Montreal Park & Island Ry Co..... 263
McLaughlin v Leduc..... 98
McNamee v McNamee... 185
Mercier, *Ex parte*..... 251
Mercier v Mercier..... 153
Méthot v Dunn..... 172
Méthot v Perrin..... 210
Meunier v Corporation de Québec..... 22
Miller v Théroux. 128
Molleur v Cie de Pulpe de St. Laurent..... 38
Monk v Ouimet..... 24
Moreau v Dorion.... 34
Morgan v LeBouthillier... 98
Morin v Banque Jacques-Cartier..... 43
Morin v Bilodeau..... 41
Mullin *ès qual* v Bogie... 116
Murphy v Knapp..... 33
Mutual Loan (The) v Pelodeau..... 34

Nadeau v Cliche..... 131
Néron v Breton.....194-196

PAGE

Nesbitt v Turgeon..... 20
Noël v Berthiaume..... 261
Nordheimer v Farrell.... 166
Normandin v Daignault.. 94
Nucciaroni v Manella.... 83

O'Connor v Flood..... 188
Ogden v Dawson..... 48
Owens v Laflamme..... 176

Palmers v Shoe Wire Grip Co 81
Paquette v Dish..... 42
Paquin v Dawson..... 174
Paré, *Ex parte*..... 21
Paré v Riendeau 209
Parent v Leclair..... 28
Parent v Parent..... 111
Parent v St-Jacques..... 32
Parizeau v Bélanger..... 152
Parizeau v Huot..169, 172, 229
Patoille v Desmarais... 117
Pelletier v Lamb..... 101
Peloquin v Cardinal.. 195, 228
Petit v Béchette 121
Pettis v Drummond..... 50
Phelan v Skelly..... 197
Plamondon v Lemieux... 46
Pleau v Clément 253
Poirier v Fulton..... 43
Poissant v Barrette..... 106
Poitras v Drolet..... 50
Porteous v Reynor 48
Powers v Martindale..... 51
Pownd v Kingsborough .. 115
Prévost v Prévost..... 124
Prosser v Creighton 166
Proulx v Proulx..... 140

Quebec Bank v Bryant... 225

Rattray v Larue.....123-124
Raymond, *Ex parte*..... 109
Read v Birks..... 21
Renaud v Brown..... 253
Renaud v Dussault..... 92
Renaud v Hoffman....145 222

PAGE

Richard v Bernard..... 171
Richard v Société Secours Mutuels..... 53
Rivet v Léonard..... 170
Robillard v Blanchet.... 40
Robillard v Dufaux..... 227
Robitaille v Bussières.... 174
Robitaille v Sauvé..... 51
Rodier v Roberge..... 23
Rose v Perrault..... 220
Ross v Lewis..... 43
Ross v Perras..... 39
Roy v Bétournay.....197-236
Roy v Cie du Pont de Québec..... 16
Roy v Sabourin..... 251

Samson v Manicouagan F. O. C. & Gagnon..... 38
Sansfaçon v Poulin..... 211
Sauriol v Clermont . 255, 267
Savage v Filion..... 140
Shank v Bourassa..... 188
Shepperd v Hoffman ... 145
Shorey v Radford *et vir*.. 211
Simard v Labbé..... 227
Smith v Chrétien..... 204
Smith v Corporation de Québec 36
Smith v Wheeler..... 191
Sproat v Chandler..... 137
Sproat v Dunière.... ... 137
Stevens v Fisk..... 185
St-Jean v Metropolitan.. 247
Stuart v Molson's Bank 34
Sullivan v Cor. Magog..238, 255
Symes v Farmer..... 150

Taché v Levasseur..... 110
Taillon v Mailloux..... 138
Talbot v Guilmartin..... 239
Tarte v Mander..... 166
Taylor v Neil..... 118
Tessier v Le Grand Tronc. 27
Tessier v Tessier..... 36
Thériault v Globe Woollen Mills..... 124
Thibaudeau v City of St. Henri..... 51

PAGE

Thibaudeau v Désilets 199-208-228
Thibaudeau v Magnan... 98
Thibault v Poitras..... 115
Thivierge v St-Vincent-de-Paul..... 166
Thomas v Charbonneau.. 192
Tremblay v Castonguay.. 106
Trew v Kirkup 251
Trudeau v Labossière.... 236
Trudeau v Semple 261
Trudel v Letendre..... 48
Turcotte v Nacke... 118
Turcotte v Nolet.... 225, 254

Vallée v Leroux..... 124
Vermette v Genest..... 261
Vogel v Pelletier..... 94
Voght v Richter..... 81

Waldron v White..... 253
Westgate v Thackeray... 202
Whitney v Bordeaux..... 47
Whitney v Brewster..... 33
Wilhelmy v Brisebois.... 121
Wilson v Blanchard..... 141
Wilson v Joly..... 23
Wilson v Leblanc..... 34

Young v Consumers Cordage Co..... 82
Young v Feehan.....171-187
Yule v Wales..... 94

AUTEURS CONSULTÉS

Abbott, Digest of the Law of Corporations.
Accarias, Précis de droit romain.
Aubry & Rau, Cours de droit civil.
Baudry-Lacantinerie, Traité des Personnes.
Berlier, Exposé des motifs.
Berriat-Saint-Prix, Cours de procédure civile.
Boitard, Procédure civile.
Boncenne, Procédure civile.
Carré & Chauveau, Lois de la procédure civile.
Codificateurs (Deuxième rapport).
Dalloz, Dictionnaire général.
Dareau, Traité des injures.
Demolombe, Traité du mariage.
Du Caurroy, Institutes de Justinien.
Ferrière, Coutume de Paris.
Fournel, Traité de la Séduction.
Fréminville, Traité de la minorité et tutelle.
Fuzier-Herman, Répertoire général.
Garsonnet, Traité de procédure.
Grant, On Corporations.
Guillouard, Traité du contrat de mariage.
Jousse, Com. sur l'ordonnance civile de 1667.
Keller, De la procédure civile chez les Romains.
Lafleur, M. E., Conflict of Laws.
Langelier, M. F., (Son cours).

Laurent, Principes de droit civil.
Loranger, Commentaire sur le code civil.
Loranger, M. L.-J., Article de la Revue Légale.
Magnin, Traité des minorités.
Marcadé, Code Napoléon.
Merlin, Répertoire de jurisprudence.
Mignault, M. P.-B., Droit civil canadien.
Ortolan, Instituts de Justinien.
Pigeau, Procédure civile.
Pothier, Traité de la Puissance du mari ; Traité de la communauté ; Coutume d'Orléans ; Traité des personnes, etc.
Rolland de Villargues, Dictionnaire du droit civil.
Rousseau & Laisné, Dictionnaire de procédure civile.
Sirois, M. L.-P., Article de la Revue Légale.
Tiedeman, On Municipal Corporations.
Toullier, Le droit français.
Troplong, Du contrat de mariage.

TABLE DES MATIÈRES

PAGE

PRÉFACE V

PREMIÈRE PARTIE

Capacité générale d'ester en justice

CHAPITRE PREMIER

Introduction

1. Principe : le droit de plaider doit être reconnu à tous. 1
2. Fondement des restrictions à ce droit..... 2
3. Nécessité de ces restrictions 3
4. Objet de la thèse..... 4

Définitions

5. *Droit de plaider, capacité juridique*..... 4
6. La capacité de plaider découle de la capacité civile générale..... 5
7. *Personnes*, personnes *réelles*, personnes *civiles*..... 5
8. *Actions*, leur nature..... 6
9. *Quid* du brocard *Electa una via, non datur recursus ad alteram*..... 7
10. Division des actions..... 7
11. Objet et division de la première partie..... 8

CHAPITRE DEUXIÈME

Des conditions requises pour pouvoir intenter une action

SECTION I

De l'assignation du défendeur

PAGE

12. Raison de l'article 82 C. P. 10
13. Application du principe 11
14. En certains cas, un avis de poursuite est requis 12

SECTION II

Du droit d'action

15. Sens du mot *droit*. Pas d'action sans un droit... 13
16. Ce droit doit être régulièrement constitué, et exigible. 13
17. Comment invoquer l'absence de droit 15

SECTION III

De l'intérêt

18. Raison de l'article 77 C. P.—Nature de l'intérêt 15
19. Comment invoquer le défaut d'intérêt 17

CHAPITRE TROISIÈME

De la qualité des parties

SECTION I

Qualité personnelle

20. Ce que c'est que la qualité 17

§ Ier—DE LA RÈGLE :—*Nul ne plaide par procureur, hormis le Roi.*

21. L'article 81 C. P. pose une règle et une exception... 18
22. Etude de la règle même 19
23. Jurisprudence 20

PAGE

24. (*Ce numéro, omis par erreur, doit commencer la* 17*e* *ligne, p.* 22) Quid du cessionnaire d'une créance. 22
25. Examen de l'exception à la règle : nul ne plaide.... 24
26. Comment invoquer la transgression de la règle..... 25

§ II—*Du droit d'action des créanciers*

27. Exception à la personnalité de la qualité..... 26
28. Droits que les créanciers peuvent exercer..... 26
29. Comment les créanciers exercent ces droits.... 28

SECTION II

Qualité des mandataires légaux

30. Le droit des mandataires légaux est d'exception.... 29
31. Comment ce droit s'exerce..... 30

§ Ier—*Du tuteur et du curateur à la personne*

32. (Renvoi)..... 30

§ II—*Des curateurs aux biens*

33. En règle générale, ce sont des administrateurs..... 30

Du curateur aux biens des absents

34. Il peut poursuivre pour les actes d'administration... 30
35. Peut-il être poursuivi..... 31
36. Jurisprudence..... 32

Du curateur aux substitutions

37. Ses pouvoirs quant au droit d'ester en justice..... 33
38. Jurisprudence..... 34
39. Effet du jugement rendu contre lui..... 35

Du curateur aux biens vacants

40. Il a les actions nécessaires à son administration.... 35

Du curateur des corporations éteintes

41. Il a les pouvoirs du curateur aux biens vacants..... 36

PAGE

Des liquidateurs des sociétés dissoutes

42. N'ont que les actions administratives..... 36
Du liquidateur nommé en vertu de la loi fédérale de la liquidation **des compagnies**
43. Actions en son nom ou au nom de la compagnie... 37
44. Diffère du curateur aux cessions de biens..... 40

Du curateur aux cessions de biens

1° *Cessions judiciaires*

45. Droit du curateur de plaider *ès qualité*..... 41
46. Quel juge est compétent à autoriser.... 44

2° *Cessions volontaires*

47. En principe, le curateur ne peut plaider *ès qualité*.... 46
48. (*Ce numéro devrait commencer la sixième ligne, p.* 48.)
Le conseil privé lui a donné ce pouvoir..... 48

De l'héritier bénéficiaire

49. Il peut plaider quant aux actes d'administration.... 48

De l'exécuteur testamentaire

50. Il peut plaider généralement ; exceptions... 49
51. Du cas où il y a plus d'un exécuteur testamentaire.. 50
52. *Quid* des autres mandataires légaux.... 51
53. Comment invoquer le défaut de qualité..... 51

CHAPITRE QUATRIÈME

Du droit de plaider des corporations

54. Les corporations doivent être légalement constituées 52

SECTION I

Du droit lui-même

55. Le droit de plaider leur est reconnu.... 54
56 Même pour les actions en diffamation..... 55

SECTION II

De l'exercice du droit

PAGE

57. *Nom corporatif.* Elles plaident sous ce nom seul... 56
58. *Quid* de leur nom vulgaire..... 57
59. Jurisprudence..... 58
60. *Autorisation préalable* du bureau de direction..... 59
61. Elle ne doit être prouvée que si elle est niée.... 61

SECONDE PARTIE

Des incapacités d'ester en justice

Préliminaires

62. Fondement des diverses incapacités légales..... 63

CHAPITRE PREMIER

Des incapacités en droit romain

63. Origine et classification des incapacités..... 65

SECTION I

De ceux à qui le jus civile ne s'applique pas

§ Ier—*Des esclaves*

64. L'esclave absolument incapable de *lege agere*..... 67

§ II—*De l'individu soumis au mancipium*

65. Même incapacité absolue..... 68

§ III—*Des peregrini*

66. Leur capacité dépend de leur loi nationale et de la nature du procès..... 68

SECTION II

Des citoyens romains alieni juris

PAGE

67. Le fils de famille diffère de l'esclave. Peut agir en justice..... 69

SECTION III

Des incapacités auxquelles peut être sujet le citoyen sui juris

68. Raison de ces diverses incapacités..... 70

§ Ier—*Des impubères*

69. Incapacité de l'*infans*, de l'*infantiæ proximus*, et du *pubertati proximus*..... 71
70. Double rôle du tuteur : gérer, et fournir l'*auctoritas*. 71

§ II—*Des pubères mineurs de vingt-cinq ans*

71. Ne peuvent être trompés. Plaident avec un curateur. 72
72. Le curateur ne donne pas l'*auctoritas*, mais un *consensus*..... 73

§ III—*Des fous*

73. Leur curateur agit pour eux dans les intervalles de folie 74

§ IV—*Du prodigue*

74. Il est interdit. *Consensus* du curateur..... 74

SECTION IV

Des femmes

75. Incapacité dérivant de leur sexe..... 75

§ Ier—*De la fille de famille*

76. A-t-elle la capacité du fils de famille ?..... 75

PAGE

§ II—*De la tutelle des femmes sui juris*

77. Sa nature. Modifications du droit sur la matière.... 76

§ III—*De la femme in manu*

78. *Manus* établie *fiduciæ causa* ou *matrimonii causa*.... 77

SECTION V

De la capitis deminutio

79. Nature des trois *capitis deminutiones*. Leur effet.... 78

SECTION VI

Des personnes morales

80. Pour agir en justice, elles doivent être représentées par des personnes réelles..... 78

CHAPITRE DEUXIÈME

Incapacités spéciales

SECTION I

Des étrangers

81. Le droit de plaider leur est reconnu..... 79
82. Capacité déterminée par la loi du domicile..... 80
83. Jurisprudence 81

SECTION II

Des non-résidants

84. Leur droit de plaider reconnu, avec restrictions.... 83
85. Obligés de fournir cautionnement pour frais..... 83
86. Ainsi qu'une procuration..... 85

SECTION III

Des personnes mortes civilement

PAGE

87. La mort civile enlève absolument le droit de plaider. 86
88. Sauf pour réclamer des aliments..... 87

CHAPITRE TROISIÈME

De l'incapacité de plaider des mineurs

89. Préliminaires 88
90. Division du chapitre..... 90

SECTION I

Des cas où le mineur non émancipé peut plaider seul

§ Ier — *Actions sur contrat de louage de services*

91. Actions pour gages du mineur de 14 ans..... 91
92. Pour les autres actions qui découlent du contrat de louage, il lui faut l'autorisation du juge 92

§ II—*Du mineur commerçant*

93. Il est réputé majeur, quant à son négoce..... 93
94. Jurisprudence..... 94

§ III—*De l'instituteur*

95 Réputé majeur quant à son engagement..... 95

SECTION II

Des cas où le mineur ne peut plaider que par son tuteur

§ Ier—*Etendue de l'incapacité du mineur non émancipé*

96. Préliminaires—Raison de cette incapacité 96
97. Quand et comment invoquer son incapacité..... 99

PAGE
ider. 86
..... 87

irs

..... 88
..... 90

é

ces

..... 91
at de
..... 92

..... 93
..... 94

.... 95

que

.... 96
.... 99

ERRATA

—

Page VI, 21e ligne, au lieu de *presqu'à*, lire *presque à*.
" 13, 4e " " " " *de statuts*, " *des statuts*.
" 22, lire au début de la 17e ligne : **24**.
" 27, 16e ligne, au lieu de *quasi delit*, lire *quasi-délit*.
" 33, 26e " " " " *945*, " *959*.
" " 27e " " " " *959*, " *945*.
" 34, 4e " " " " *avant*, " *après*.
" 38, 21e " " " " *dissidens*, " *dissentiente*.
" 48, lire au début de la 6e ligne : **48**.
" 60, 22e ligne, au lieu de *curés*, lire *curé*.
" 68, note (4), " " " *22*, " *228*.
" 69, note (1), retrancher *227* et *229*.
" 107, 10e ligne, au lieu de *Précieux-Sang*, lire *Sacré-Cœur*.
" 127, 19e " " " " *décidée*, lire *décidé*.
" 135, 9e " " " " *l'objet*, " *l'un des objets*.
" " 23e " " " " *intervalles*, " *moments*.
" 138, 9e " " " " *335*, " *334*.
" 143, 4e " " " " *Mai, sen*, " *Mais, en*.
" 148, 18e " " " " *331*, " *351*.
" 152, 20e " " " " *intervalle*, " *moment*.
" 275, 11e ligne, après les mots *sui juris*, ajouter " ou *alieni juris*."
" 276, 4e et 5e lignes, retrancher cette proposition.
" 301, 12e ligne, au lieu de *2 2*, lire *272*.

Le mineur est demandeur :

PAGE

98. Une simple dénonciation suffit..... 99
99. *Quid* de l'exception à la forme par le défendeur..... 100

Le mineur est défendeur :

100. Une simple déclaration de minorité suffit..... 101
101. Comment peut-il proposer l'exception à la forme.. 102

§ II—*Des pouvoirs du tuteur quant au droit de plaider de son pupille*

102. Le tuteur n'*autorise* pas, il *représente*..... 104
103. Il faut qu'il ait prêté serment, pour agir..... 106
104. Tutelle légale des enfants trouvés..... 107
105. Le tuteur a toutes les actions du mineur..... 107
106. Exception : action en partage d'immeubles 108
107. Droit du tuteur s'étend à toute procédure..... 110
108. Exception : déguerpissement, transaction, etc..... 110
109. Droit d'appel. Autorisation du juge requise..... 111
110. Lui sont permises : l'opposition à jugement, etc.. 112

§ III—*Personne autre que le tuteur ne peut représenter le mineur en justice*

111. Principe qui découle de l'article 81 C. P..... 113

1° **Du père et de la mère**

112. Confusion des droits du père et de ceux de l'enfant. 114
113. Jurisprudence. Opinion de M. le juge Casault 114
114. La tutelle naturelle n'existe pas 120
115. *Quid* de l'action pour frais de médecin..... 121

2° **Du tuteur ad hoc**

116. Il représente le mineur exceptionnellement..... 122
117. Jurisprudence..... 123

SECTION III

Des mineurs émancipés

118. Préliminaires—Demi-capacité..... 125

§ Ier—*Capacité du mineur émancipé*

PAGE

119. Peut plaider, seul, les actions mobilières..... 126
120. *Quid* de l'action en recouvrement d'un capital.. 127

§ II—*Pouvoirs du curateur*

121. Il *assiste* l'émancipé dans les actions immobilières. 131
122. N'est pas tenu de se faire autoriser en justice..... 132
123. Son assistance insuffisante pour transiger..... 132
124. *Quid* de l'action en partage..... 133

CHAPITRE QUATRIÈME

De l'incapacité de plaider des interdits

125. Préliminaires..... 135

SECTION I

Des interdits proprement dits

126. Principe d'incapacité..... 136

§ Ier—*De l'interdit pour folie*

127. Nullité de ses actes de procédure..... 137
128. Ne peut pas même intenter l'action en séparation. 138
129. Ni la demande d'être relevé d'interdiction..... 138
130. Rôle du curateur—Il représente l'interdit..... 139
131. Du curateur *ad hoc* 141

§ II—*De l'interdit pour prodigalité*

132. Etendue de son incapacité..... 141
133. Rôle du curateur : *assister*, non pas *représenter*.... 142
134. Jurisprudence contraire à cette opinion..... 142

§ III—*De l'interdit pour ivrognerie habituelle ou pour abus de narcotiques*

135. Incapacité identique à celle du prodigue..... 144
136. Discussion de la jurisprudence..... 145

SECTION II

Des demi-interdits

PAGE

137. Leur conseil doit être en cause avec eux..... 148
138. Toutes actions permises s'ils sont assistés..... 149

SECTION III

Des aliénés non interdits

139. L'aliéné ne peut consentir, dans ses moments de folie..... 150
140. L'adversaire peut refuser le débat..... 151
141. Aliénés internés dans un asile..... 152

CHAPITRE CINQUIÈME

De l'incapacité de plaider des femmes mariées

Généralités

142. Fondement de l'incapacité..... 154
143. Droit ancien..... 154
144. Droit français moderne..... 158
145. Droit canadien..... 159
146. Principe fondamental. Division du chapitre..... 161

SECTION I

Des cas où la femme peut plaider seule

147. Principe : ces cas sont exceptionnels..... 162

§ Ier—*Du droit de plaider de la femme séparée de biens, quant aux actes d'administration*

148. L'incapacité résulte du mariage.—Le contrat la modifi, à deux conditions..... 163

PREMIÈRE CONDITION : **Séparation de biens**

149. Séparation par contrat ou par jugement..... 165
150. La séparation doit être alléguée et prouvée..... 165

SECONDE CONDITION : **Actes d'administration**

PAGE

151. Comparaison entre 176 C. C. d'une part et 177, 1318 et 1422 C. C., d'autre part..... 167
152. Que faut-il entendre par acte d'administration.... 168
153. Bail..... 168
154. Billet..... 169
155. Commerce..... 171
156. Dommages-intérêts..... 172
157. Faillite..... 173
158. Garantie..... 175
159. Oppositions..... 175
160. Revendication..... 176
161. Testament..... 176
162. Règles d'interprétation..... 177

§ II—*De la femme de celui qui est mort civilement*

163. L'incapacité n'a plus sa raison d'être..... 177
164. La femme acquiert pleine capacité de plaider..... 177

§ III—*Action contre aubergiste*

165. L'exception s'étend à toute femme, même commune. 178

§ IV—*En matière criminelle*

166. La femme peut se défendre seule..... 179
167. Différence entre notre droit et le droit français.... 179
168. Quelle est la raison de cette exception ? Discussion. 180

SECTION II

Etendue de l'incapacité de plaider et ses effets

169. Incapacité d'ordre public. Droit français..... 182

§ Ier—*Etendue de la règle d'incapacité*

170. Application générale de la règle..... 184
171. L'incapacité commence avec le mariage et finit avec sa dissolution..... 184
172. Elle est déterminée suivant la loi du domicile..... 185

1° Régime du mariage

PAGE

173. Raison de l'étendue de la règle..... 186
174. Femme séparée de biens..... 186
175. Femme marchande publique..... 186
176. Femme commune en biens..... 187
177. *Quid* si elle s'est déclarée séparée de biens..... 188

2° Nature du litige.

178. Demande d'interdiction..... 189
179. Demande en nullité de mariage..... 190
180. *Quid* de certaines procédures préliminaires..... 191

§ II—*Effets de l'incapacité résultant du défaut d'autorisation*

181. Nullité absolue des actes de procédure faits sans autorisation—Comment s'en prévaloir ?..... 191

1° La femme est demanderesse :

182. L'incapacité n'est pas invoquée par inscription en droit..... 192
183. L'exception à la forme n'est pas nécessaire..... 192
184. Elle n'est pas le moyen le plus pratique..... 194
185. Il suffit de dénoncer l'incapacité de la femme, sans plaidoyer..... 194
186. L'incapacité peut être invoquée, après contestation liée et après jugement..... 195

2° La femme est défenderesse :

187. L'action doit être dirigée contre la femme ET son mari pour autoriser..... 196
188. Femme défenderesse sur action du mari (renvoi). 197
189. La femme peut être condamnée par défaut..... 197
190. Le mari comparaît et n'autorise pas sa femme..... 198
191. Le mari n'a pas reçu signification régulière..... 199
192. Intérêt de la femme de faire cesser procédures.... 201
193. Simple dénonciation d'état de femme mariée suffit. 201

PAGE

194. Il n'y a pas lieu à l'inscription en droit..... 202
195. L'exception à la forme n'est pas nécessaire..... 202
196. Comment faire l'exception à la forme..... 202

SECTION III

De l'autorisation

197. L'autorisation rend la femme mariée capable..... 204
198. Droit français, ancien et moderne..... 205

§ Ier—*Autorisation et assistance du mari*

199. L'autorisation maritale est la règle..... 206

1° De l'autorisation expresse

200. C'est un consentement formel..... 207
201. Elle doit être spéciale..... 207
202. Elle doit être écrite..... 207
203. Elle doit être alléguée et prouvée..... 208

2° De l'autorisation tacite

204. Résulte de la poursuite même du mari..... 209

3° De l'assistance

205. Le mari doit être partie en cause..... 212

§ II—*Autorisation judiciaire*

206. Principe..... 214

1° Dans quels cas l'autorisation judiciaire peut-elle être donnée

207. Juridiction d'exception. Trois cas..... 215
208. I.—*Refus du mari.* Formel ou implicite..... 215
209. Le juge doit généralement donner l'autorisation. 216
210. II.—*Interdiction du mari.* Il ne peut consentir.... 217
211. A.—*Le mari est sous conseil judiciaire.* Peut autoriser lui-même seul..... 217

PAGE

212. **B.**—*Le mari est mineur.* Peut autoriser sa femme majeure dans tous les cas..... 219
213. *Quid* si la femme est elle-même mineure..... 219
214. **C.**—*Le mari est aliéné, mais non interdit.* Ne peut autoriser..... 220
215. *Quid* si la femme est curatrice de son mari..... 221
216. III.—*Absence du mari.* Refus du mari n'a pas besoin d'être constaté..... 223
217. L'absence comprend la non-présence..... 223
218. Mais alors il faut qu'il y ait urgence..... 225

2° **Comment se donne l'autorisation judiciaire et à quel moment**

219. Principe : toute procédure non autorisée est nulle. 226
220. I.—*La femme est demanderesse.* Requête, *avant* l'action..... 226
221. II.—*La femme est défenderesse.* Doctrine du droit français inadmissible..... 228
222. A.—*Refus du mari.* Jugement d'autorisation requis 229
223. B.—*Interdiction du mari* : Premier acte du procédure : faire autoriser la femme..... 230
224. C.—*Absence du mari.* Faut-il l'assigner..... 230
225. Réponse affirmative plus conforme aux principes.. 231
226. *Quid* si on adopte ce moyen..... 232

§ III—*Etendue de l'autorisation et ses effets*

227. L'autorisation fait disparaître l'incapacité..... 234

1° **En cour de première instance**

228. Règle d'interprétation..... 235
229. L'autorisation comprend l'exécution du jugement . 236
230. Sauf la transaction, le désistement, l'acquiescement 237
231. La femme témoin dans sa propre cause..... 238
232. Même si elle plaide contre son mari..... 238
233. Elle peut faire des aveux..... 239

2° **Quant aux appels**

234. A quelles voies de recours s'étend l'autorisation.... 240
235. *Opposition à jugement*..... 240

PAGE

236. *Requête en revision* 240
237. *Tierce-opposition* 240
238. *Requête civile*—Controverse 240
239. *Revision* devant trois juges 241

Appel à la cour du banc du roi

240. Principe de la spécialité 241
241. I.—Autorisation donnée pour une seule instance. 242
242. II.—Donnée expressément pour tous les recours. 242
243. III.—Ni restrictive ni indéfinie : 3 systèmes..... 243

Premier système

244. Cette autorisation s'étend à l'appel..... 244

Deuxième système

245. La femme peut être intimée mais non appelante... 245

Troisième système

246. La femme ne peut pas plaider en appel 246
247. Ce dernier système devrait être suivi chez nous.. 246
248. Appels à la cour suprême et au conseil privé.. .. 247
249. Autorisation judiciaire ou maritale : même étendue 247

§ IV—*Des actions permises à une femme commune en biens dûment autorisée*

250. L'autorisation ne donne pas à la femme le droit d'intenter une action de la communauté..... 248
251. L'article 1298 n'enlève pas à la femme l'exercice de ses actions personnelles..... 249

1° **Des actions fondées sur des créances ordinaires, i. e. sur des obligations ne résultant pas de délits ou de quasi-délits.**

Une femme dûment autorisée peut-elle les exercer ?

252. Action active de la communauté..... 249
253. *Pour la négative*..... 249
254. *Pour l'affirmative*, si le mari est partie en cause... 251
255. *Quid* si la femme est marchande publique.... 252

2° Des actions en recouvrement de dommages-intérêts résultant de délits ou quasi-délits.

La femme commune en biens, autorisée de son mari ou par justice, peut-elle plaider à ces actions ?

PAGE

256. *Pour l'affirmative* 253
257. De l'action *d'injure* (citation) 255
258. *Pour la négative* 261
259. Jugements des cours de revision et d'appel, et de la cour suprême 263
260. Comment invoquer l'inhabilité de la femme 268
261. Résumé de la jurisprudence sur la matière 270
262. Conclusion 2 2

PROPOSITIONS 275
Table des arrêts cités 277
Liste des auteurs consultés 283
Table des matières 285

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES